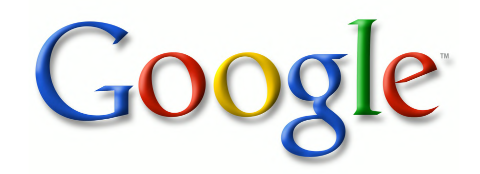



HARVARD LAW
3 2044 059 422 600
Google


HARVARDIANAE
ACADEMIAE
SIGILLVM
ECCLESIAE
IN NOV · ANG
CHRISTO
ET
VE
RI
TAS



# Zeitschrift
des
# Bernischen Juristenvereins.

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung
der
Kantone Bern, Aargau, Solothurn und Luzern.

Unter Mitwirkung mehrerer schweizerischer Juristen
herausgegeben
von
Dr. A. Zeerleder,
Professor der Rechte.

## Achtzehnter Band.
Jahrgang 1882.

Bern.
Druck und Expedition von B. F. Haller.
1882.

# Inhaltsverzeichniß.

## I. Abhandlungen und Erörterungen.

Attenhofer, Dr. K., Bedeutung der Denunciation bei der Cession nach heutigem praktischem Recht, 2. Th. S. 157.
Vogt, Prof. Dr. E., Erörterungen zum eidg. Obligationenrecht. Forts. S. 252.
Die Freigebung der Advokatur. Aus den Verhandlungen des bernischen Juristenvereins. Referat von Fürspr. Müller und Votum von Fürspr. Ritschard. S. 362, 517
Zum eidg. Betreibungs- und Konkursgesetz. Vom Redaktor. S. 283, 435.
Affolter, Dr. A., Der Konkurs eines Ehegatten nach soloth. Recht. S. 522.

## II. Rechtsprechung des Kantons Bern.

Alter Kantonstheil (1881/82).

### A. Civilrecht.

1. Allgemeine Rechtslehren und Personenrecht.

Statutenkollision hinsichtlich des ehel. Güterrechts. S. 1.
Produktivgenossenschaft hat keine juristische Persönlichkeit. S. 27.
Anfechtung des ehelichen Standes eines Kindes durch den gewesenen Ehemann. S. 46.
Handlungsfähigkeit der mit Kindern versehenen Wittwe. S. 58. — Wechselfähigkeit der Ehefrau eines Geltstagers. S. 61.
Gütertrennung zwischen Ehegatten wird durch spätere Aufhebung des Geltstags nicht gehoben. S. 248.
Bedeutung des „Mehrwerths" im Sinne des Ges. vom 26. Mai 1848. S. 449.
Commorienten. Analoge Anwendung der Satz. 540 C. S. 66.
Rechtsvermuthung für das Leben eines lebensfähig gebornen Kindes. S. 454.
Vaterschaftsprozeß. Zulässigkeit des Erfüllungseides, wenn Beklagter ein Ehemann? S. 301.
Ehescheidung. Wartzeit darf nur bei — aus bestimmten Gründen auferlegt werden. S. 337.
Verantwortlichkeit des Vogtes für unterlassene Versicherung der Fahrhabe des Vögtlings gegen Feuersgefahr. S. 458.

## 2. Dingliches Sachenrecht.

Expropriationsverfahren. Entscheidung über Servituten? S. 6.
Nachbarrecht. Entzündung von Gebäuden durch Funken einer Lokomotive. S. 15.
Erwerb von Servituten durch Verjährung nach der Stadtsatzung von Biel. S. 52.
Licht- oder Fensterrecht; muß in die Handänderungsverträge über das dienende Grundstück aufgenommen sein. S. 69.
Negatorienklage. Umfang einer Wegdienstbarkeit. S. 326.
Erlöschen der Dienstbarkeit durch Untergang der dienenden Sache (Verbrennen eines Hauses; Anspruch des Wohnungsberechtigten auf die Versicherungssumme?). S. 343.
Bachrechte; Unterhaltungspflicht des Berechtigten. S. 447.
Grundpfandrecht. Verzicht auf dasselbe während des Geltstags des Schuldners. S. 350.
Sparkassenschein als Gegenstand einer Eigenthumsklage. S. 457.

## 3. Erbrecht.

Amtliches Güterverzeichniß. Nichteingabe in demjenigen des Bürgen ist dem Gläubiger unschädlich. S. 69.
Ehetag. Verfügungen zu Gunsten Dritter. S. 313. — Dahinfallen desselben durch Geburt eines Kindes. S. 454.
Unterlassung eines landesabwesenden Notherben, innerhalb 30 Tagen die Erbschaft anzunehmen, ist nicht als Ausschlagung zu betrachten. S. 328.

## 4. Obligationenrecht.

Schenkung an Notherben. Simulation? Kollationspflicht? S. 7, 346.
Kein Verjährungserwerb an Forderungen. S. 57.
Einseitiges Schuldversprechen. Einrede der turpis causa. S. 332.
Voraussetzung als Element der Willensbestimmung. S. 356.
Haftpflicht aus Eisenbahnbetrieb. — Einrede des Selbstverschuldens, — des Verschuldens Dritter; Familienverhältnisse des Verletzten als Ausmessungsgrund der Entschädigung. S. 12. — Klagverjährung? S. 20. — Einrede des Selbstverschuldens. S. 309.
Verantwortlichkeit des Notars bei Abfassung von Testamenten. S. 476.
Sachbeschädigung beim Bau einer Eisenbahn (Funken aus der Lokomotive). S. 15.
Kreditschädigung durch Auswirkung eines Bestandverbots. S. 17.
Beschädigung einer Person durch Ueberfahren. S. 312.
Schadenersatzklagen aus Preßvergehen. S 482.
Milchlieferungsvertrag. Gewähr für Sachmängel. S. 15.
Steigerungskauf. S. 340.
Lieferungsvertrag. Einrede der nicht rechtzeitigen Erfüllung. S. 352.
Kauf nach Probe. Beweislast betr. Probemäßigkeit der Waare. S. 480.
Bürgschaftsvertrag. Förmlichkeiten. S. 45. — Pflichten des Bestandgebers gegenüber dem Bürgen des Bestehers. S. 56. — Eingehung unter Voraussetzung konkurrirender Realsicherheit. S. 354. — Pflichten des Gläubigers gegenüber dem Bürgen. S. 460.
Regreßverhältniß zwischen Bürge und Hauptschuldner. S. 69.
Regreß des gewesenen Bürgen gegen den Hauptschuldner infolge Schuldübernahme. S. 357.

Kreditbürgschaft. Regreß unter Mitbürgen. S. 459.
Geschäftsführung ohne Auftrag, resp. actio funeraria. Leichenschmaus. S. 48.
Frachtvertrag, Klage gegen die Eisenbahn wegen unrichtiger Ablieferung; entschuldbarer Irrthum über die Person des Adressaten. S. 67.
Miethvertrag. Augenfällige Mängel der Bestandsache. S. 322.
Pfandobligation, Veränderung nach stattgehabter Beglobung. S. 25.
Ueberbund bei Hypothekarforderungen. Befreiung des urspr. Schuldners. S. 56.
Cession oder Anweisung? — Forderung aus Darlehnsversprechen. S. 462.
Simulirte Cession unwirksam gegenüber den Gläubigern des Cedenten. S. 469.
Cession einer nichtfälligen Forderung aus zweiseitigem Vertrag. S. 471.
Condictio indebiti. Rückforderungsklage des § 442 B.-B. S. 27 (vgl. S. 81). — Rechtsirrthum wird nicht berücksichtigt. S. 303.
Lebensversicherung. Anspruch der Masse auf die Police und aus derselben? S. 33.
Dahinfallen des Vertrages wegen versäumter Prämienzahlung S. 52.
Feuerversicherung. Beweislast und -pflicht in Betreff des erlittenen Schadens. S. 473.
„Obligation", mit abgekürztem Taufnamen unterzeichnet. S. 60. — Datum und „Einheit des Akts". S. 464.
Inhaber-Aktien, Amortisation. S. 71.
Sparkassenschein, zahlbar an den rechtmäßigen Inhaber. S. 458.

5. Wechselrecht.

Wechselfähigkeit der Ehefrau eines Geltstagers. S. 61.
Wechselexekution fällt nicht dahin nach § 425 B.-B. S. 465.
Haftung des Wechselbürgen wird nicht aufgehoben nach § 595 B.-B. S. 468.

B. Ordentlicher Civilprozeß.

Veränderung des Gerichtsstandes durch theilweise Anerkennung der Klageforderung. S. 4.
Gerichtsstand der Widerklage gegenüber Auswärtigen. S. 31.
Rechtsversicherung. Wann beginnt der Zustand der „Betreibung bis zur Pfandnahme"? S. 27. — Kann vom Besteher im Bestandverbotsprozeß nicht gefordert werden. S. 316. — Rechtsbürgschaft. S. 317. — Befreiung des Arrestklägers von der R. S. 479.
Eintritt eines Dritten an Stelle einer bisherigen Partei. Cautio judic. solvi. S. 54.
Klage gegen unbestimmte Personen? S. 71.
Anfechtung der eigenen Prozeßfähigkeit durch Zwischengesuch? S. 74.
Prozeßfähigkeit der Geltstagsmasse. S. 418
Nachträgliche Antretung eines Indizienbeweises (§§ 68, 169 P.). S. 5.
Zeugenbeweis. Verwerflichkeit des Handlungsreisenden. S. 51. — Verwerflichkeit des Litisdenunziaten. S. 449.
Beweis durch das Haus- oder Handlungsbuch. S. 485.
Unzulässiges Zwischengesuch wegen mangelnder Abschrift der Schuldurkunde. S. 330.
Fristliche Einrede desgl. S. 355.
Unzulässige peremtorische und dilatorische Einreden gegen die Bürgschaftsklage. S. 450.

Theilweise Kostenauflage an die obsiegende Partei wegen unnöthiger Beweisführung. S. 324.
Aufforderung zur Klage. Opposition gegen ein Bauvorhaben ungenügend. S. 338. — Die infolge Provokation richterlich festgesetzte Klagefrist wird durch den Geltstag des Provokaten fistirt. S. 448.
Provisorische Verfügung in Erbschaftsstreitigkeiten. S. 66.
Verhältniß des Civilprozesses z. Strafprozeß. Rechtsstillstand. S. 319, 336.

### C. Vollziehungsverfahren.

Bestandverbot, ungerechtfertigtes, berechtigt den Besteher zu Schadenersatzforderung. S. 17. — Vergantung der mit Bestandverbot belegten Sachen erfordert vorgängige Ankündung. S. 337.
Rückforderungsklage aus § 442 B.=B. S. 27.
Wiedereinsetzung gegen Versäumung der im B.=B. festgesetzten Fristen. S. 43.
Betreibung gegen den dritten Erwerber einer verpfändeten Liegenschaft. S. 329.
Privatim anerkannter Rechnungssaldo bildet keine vollstreckbare Forderung. S. 468.
Wechselexekution, s. Wechselrecht.
Annahme einer fruchtbaren Anweisung im Geltstag gilt als Zahlung. S. 18, 56.
Vorrecht des Lidlohns im Geltstag des Arbeitgebers. S. 338.
Vorrecht des Staates für Liquidationskosten im Geltstag. S. 476.
Verzicht auf das Grundpfandrecht, um Anweisung im Obligationsrang zu erhalten. S. 350.
Fortführung von Prozessen des Geltstagers durch die Masse? S. 448.
Legitimation des Geltstagers zur Prozeßführung. S. 475.
Aktivlegitimation des Bürgen zur Einleitung des Einspruchsverfahrens im Geltstag des Hauptschuldners. S. 464.

## III. Jura bernois.

Demande en revendication. Force probante des écritures cadastrales. P. 202.
Interprétation et explication de l'art. 210 C. civ. bern. — Négligence constatée. — Recours admis contre l'autorité tutélaire actuelle, etc. — P. 204.
Poursuites contre un codébiteur solidaire. — Exception fondée sur le défaut d'offre de collocation dans le délai de six mois. — § 595 C. proc. civ. P. 208.
Attributions légales du syndic d'une faillite. — Droit d'agir en justice au nom de la masse sans autorisation préalable des créanciers. P. 211.
Reprises matrimoniales. — Femme commune en biens colloquée pour le montant d'apports mobiliers. — Rectification du projet d'ordre. P. 212.
Election de domicile dans le sens de l'art. 111 C. civ. — Demande en déclaration de faillite soumise au tribunal du domicile élu. — Conclusions forideclinatoires. P. 214.
Jugement par défaut en matière commerciale. — Exécution volontaire de la part de l'un des défaillants. — Péremption interrompue à l'égard de tous les obligés solidaires. -- Dans quelle

mesure le cofidéjusseur qui a payé la dette peut faire valoir la subrogation contre le tiers — détenteur de l'immeuble grevé d'hypothèque en faveur du créancier. P. 217.
Droit de passage. — Détermination de l'étendue et du mode d'exercice de la servitude. — Insuffisance du titre constitutif. — Suppression d'ouvrages établis par le propriétaire du fonds servant. P. 221.
Eaux souterraines alimentant un puits. — Servitude acquise par prescription. — Ses effets. — Alimentation diminuée par l'établissement d'un 2d puits sans communication directe avec le 1er. P. 224.
Assurance immobilière. — Bâtiment incendié, puis reconstruit sans réassurance expresse. — Demande d'indemnité ensuite d'incendie du nouveau bâtiment. P. 406.
Fixation de l'ouverture de la faillite. — Faits établissant l'insolvabilité. — Pouvoir d'appréciation des tribunaux. P. 409.
Privilège du fisc pour le recouvrement des fraits de justice pénale. — Application de la loi du 5 sept. 1807. P. 412.
Hypothèque légale des communes. — Paiement opéré par un tiers à décharge du receveur comptable. — Quittance subrogatoire. — Date certaine résultant de la production dans une liquidation juridique. Etendue des droits du tiers subrogé. P. 413.
Requête civile. — Son admissibilité en matière commerciale. — Ses effets. P. 417.
Saisie-gagerie. — Conflit entre la loi française et la loi bernoise. — Abrogation virtuelle des dispositions du C. civ. et du C. de proc. fr. P. 418.
Demande accessoire en dommages-intérêts formée par action séparée postérieurement au jugement intervenu sur la demande principale. — Fin de non-recevoir. P. 421.
Purge hypothécaire. — Collocation attribuée à la femme du vendeur pour le montant d'apports dont elle a conservé la propriété exclusive. — Opposition reconnue fondée. P. 423.
Revendication d'immeubles et d'objets mobiliers saisis. — Vente mobilière non suivie de tradition réelle. — Principe spécial de l'art. 503. P. 425.

## IV. Rechtsprechung in Strafsachen.

(Mit Erörterungen von Hrn. Staatsanwalt Jahn.)

Von welchem Zeitpunkt an darf ein neues Strafgesetz angewendet werden? S. 112.
Verwerflichkeitsgründe gegen Staatsanwalt und Geschworne, nach dem Urtheil in Erfahrung gebracht. S. 115.
Aushändigung geschriebener Zeugenaussagen an die Geschwornen. Mitwirkung von rekusirbaren Geschwornen. S. 117.
Ist Frage auf Vorstrafen des Angeklagten von den Geschwornen zu beantworten? — Was ist „gewaltsame Erbrechung eines Behältnisses“? S. 123.

## V. Entscheidungen des bern. Regierungsraths.

Befugniß zu Impetrirung eines amtlichen Güterverzeichnisses S. 298.
Bevogtungsverfahren. Nachträgliche Zustimmung e. Verwandten. S. 298.

Fertigung von Dienstbarkeitsanträgen. S. 298.
Vogtsrechnung kann nicht bedingt genehmigt werden. S. 299.
Regierungsrath zu Ertheilung von Weisungen in Bezug auf Genehmigung von Handlungen der Wittwen nicht befugt. S. 299.

## VI. Kanton Luzern.

Rechtliche Stellung des Pfarrverwesers, resp. Pfarrhelfereiverwesers. S. 76.
Liegt im Verkaufe von Sprit in kleinern Quantitäten ein Vergehen? S. 79.
Rückforderungsklage betr. eine in Folge versäumten Rechtsdarschlags bezahlte Nichtschuld. S. 80.
Actio resp. exceptio Pauliana wegen simulirter Aussteurung einer Tochter. S. 81.
Werkverdingung oder Kauf? — Anzeige- und Untersuchungspflicht bei Mängeln. S. 85.
Berechtigung am Bürgergut. Außerehel. Abstammung. S. 86.
„Ursatzforderung" beim Bestandvertrag. S. 88.
Haftung des Architekten für Mängel des Baues. S. 89.
Haftbarkeit der Ehefrau für Schulden des verstorbenen Ehemanns. S. 90.
Haftbarkeit des Vaters für Delikte des Hauskindes. S. 229.
Condictio indebiti oder condictio sine causa? S. 236.
Erbschaftsverkauf begründet keine Universalsuccession und keine ächte Cession. S. 233.
„Cession" eines obligatorischen Verhältnisses. S. 236.
„Fund" in verwahrtem Raume. S. 537.
Schuldenruf. Unterlassung der Eingabe. S. 240.
Erbfähigkeit der Mitglieder geistlicher Orden. S. 241.
Schadensersatz aus außerkontraktlichem Verhältniß. S. 246.
Actio Pauliana. Voraussetzung bei onerosem Rechtsgeschäft. S. 379.
Gesetzliches Eherecht der Wittwe. Læsio enormis. S. 382.
Einseitige Aufhebung eines Dienstvertrages. S. 386.
Ehescheidungsprozeß. Rechtskraft des erstinstanzlichen Urtheils infolge Todes eines Ehegatten? S. 388.
Beweiskraft des Depositalkassabuches. S. 390.
Wesentlicher Irrthum als Vertragsanfechtungsgrund. S. 391.
Schenkung unter Lebenden oder von Todeswegen? — Constitutum possessorium. S. 393.
Haftbarkeit der Gemeinden für ihre Beamten. S. 395.
„Hand wahre Hand" bei luzern. Gülten. — Haftbarkeit des Gülterrichters. S. 398.
Besitzerwerb an Immobilien. Redlicher Besitz an solchen; dessen Folgen. S. 401.
Aufhebung eines Liegenschaftskaufes wegen Trunkenheit eines der Kontrahenten. S. 405.

## VII. Kanton Solothurn.

Arrestprozeß. Persönliches Erscheinen. S. 128.
Gütertrennung zwischen Ehegatten nach Arrestirung d. Vermögens. S. 129.
Zeugenbeweis. Gemeindeangehörigkeit kein Ausstellungsgrund. S. 129.
Erbschaftssteuer; Berechnungsart. S. 130.
Geltstag. Rang der von der Ehefrau herrührenden Schulden. S. 132.
" Diligenzien d. Gläubigers mit Rücksicht auf d. Bürgen. S. 132.
Appellationsfrist in Neurechtsstreitsachen. S. 132.

Appellationsfähigkeit eines motivlosen Urtheils. S. 132.
Protesterhebung bei Domizilwechseln. S. 133.
Neues Recht. Gewissensvertretung durch früher produzirte Beweismittel. S. 134.
Honorarforderung des Vertheidigers im Strafverfahren. S. 134.
Arrestprozeß. Keine Appellation auf Grund offenbarer Gesetzesverletzung. S. 135.
Auswärtiges Konkursverfahren. Geltstagssteigerung und Nachschlag über inländ. Liegenschaften. S. 135.
Geltstag. Erklärung des Gemeinschuldners über Gültigkeit der Lidlohnansprachen. S. 248.
Zulässigkeit des Eides als Beweismittel. Ist „Schenken“ Thatsache oder Rechtsbegriff. S. 249.
Geltstagseingabe. Erforderniß der Vorweisung des „Titels“. S. 250.
Sparkassenbücher; Prüfung d. Legitimation d. Vorweisers. S. 256.
Auslegung eines Bürgschaftsvertrages. S. 512
Eideszuschiebung über rechtswidrige Handlungen. S. 514.
Collision der Verjährungsgesetze. § 442 bern. Vollz.-Verf. S. 514.
Weibelsgebühren, Zahlungspflicht. S. 515.
Handlungsreisender als Zeuge nicht zu beanstanden. S. 515.
Bernische Obligation im Kt. Solothurn nicht anerkannt. S. 516.
Versprechen einer Konventionalstrafe für den Fall des Geltstags. S. 516.

## VIII. Kanton Aargau.

Alimentationssache. Fristliche Einrede. Dahinfallen des aufschiebenden Hindernisses. S. 94.
Bürge. Voreilige Betreibung. Klage auf Aufhebung derselben. S. 96.
Arrest. Zulässigkeitsfälle. S. 97.
Vorzeitige Entlassung eines Lehrers. Entschädigungspflicht der Gemeinde. S. 98.
Zubehörde. Wirthschaftsmobiliar nicht Pertinenz des Gasthauses. S. 100.
Konkurs. Amtliche Prüfung der Vindikationsbegehren? S. 102.
Verbindlichkeit d. Versprechens, kein Konkurrenzgeschäft zu gründen. S. 104.
Konkurs. Frauenvermögen. Anweisung der ersten Hälfte in Kl. III bis zur effektiven Befriedigung. S. 105.
Währschaft für rechtzeitiges „Kalbern“ einer verkauften Kuh. S. 107.
Haftung einer verbeiständeten Weibsperson aus Gewerbsbetrieb. S 110.
Wohnungsrecht. Abbrennen des Gebäudes. Recht auf Versicherungssumme. S. 428.
Grundpfandrecht, begründet durch Anführung eines betriebenen Postens als Verhaftung in einem anderweitigen Hypothekarvertrag. S. 487.
Nutznießungsrecht, väterliches, am Vermögen des Kindes, fällt nicht in dessen Konkursmasse. S. 489.
Wohnsitz wird erst durch wirkliche Bewohnung erworben. S. 490.
Verpfründungsvertrag, auswärts geschlossen, muß den Bestimmungen des inländischen Rechts entsprechen, um hier zu wirken. S. 492.
Mobiliarversicherungsgesellschaft. Statutarische Kompromißklausel. S. 494.
Ehescheidungsprozeß, wird durch Hinscheid e. Ehegatten aufgehoben. S. 494.
Wechselverpflichtung e. Nichtwechselfähigen wird als gewöhnliches Schuldversprechen behandelt. S. 498.
Schadensersatz infolge Einsturz eines Gebäudes liegt dem Eigenthümer ob. S. 500.

Zinsen grundpfändlich versicherter Forderungen theilen die Natur des Kapitals. S. 502.
Nachlaßvertrag. Verhältniß des Gläubigers zu Bürgen. S. 504.
Haftpflicht aus Fabrikbetrieb. S. 507.

## IX. Literarische Anzeigen und Besprechungen.

v. Stintzing, Geschichte der Rechtswissenschaft. S. 136.
Meili, Dr. Fr., Civil- und Strafprozeß. S. 150.
Niggeler und Vogt, Sammlung der Civil- und Civilprozeßgesetze*) des Kantons Bern. S. 152.
Schweizer. Bundeskalender. S. 156.
Grivet, Loi fédérale, etc., siehe hievor: Abhandlungen u. Erörterungen.
Martin, Etude de la loi fédérale sur la capacité civile. S. 294.
Schreiber, die ehel. Güterrechte der Schweiz. S. 294.
Pfotenhauer, gegen die Todesstrafe. S. 433.
Rehfous, la Faillite des non-commerçants. S. 435.
Rechtskalender der schweiz. Eidgenossenschaft. S. 442
Neubauer, das ehel. Güterrecht des Auslandes. S. 443.
Mittelstädt, für und wider Freiheitsstrafen. S. 538.
v. Liszt und Dochow, Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft.
Fürholz, Strafverjährung. S. 541.
d'Orelli, A., Les droits des étrangers en Suisse, etc. S. 541.
Sammlung der Gesetze über Gemeindewesen &c. S. 542.
Colombi, Coordinamento, etc. S. 551.
Meili, betrügliche Nachahmung. S 551.
König, Begriff des Unfalls. S. 552.
Luzern, Gesetz über Civilrechtsverfahren. S. 552.
Weber, Weibel, } zum luzern. Betreibungssystem. S. 552.
Burkly, Serment. S 553.
Stöcklin, Recours. S. 554.
Nouvelle Revue historique. S. 554.
Baudry-Lacantinerie, Précis de droit civil. P. 276.
Rambaud, Jules, l'œuvre économique de L. Wolowski. P. 277.
Cauwès, Précis de cours d'Economie politique. P. 279.

## X. Mittheilungen.

Revision der bernischen Civilgesetzgebung. S. 153.
Schweizer Juristenverein. S. 155, 445.

*) Der Titel der Anzeige ist hienach zu berichtigen.

# Zeitschrift

des

# Bernischen Juristen-Vereins

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone
Bern, Luzern, Aargau und Solothurn.

**Band XVIII. 1. Heft. 1882.**

## Aus der Rechtssprechung des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern.

## Jahrgang 1881. — Fortsetzung.

### 33. Statutenkollision hinsichtlich des ehel. Güterrechts.

Emma Breguet gegen Mosimann und Müller.

2. April 1881.

Der aus dem Kanton Neuenburg gebürtige Anton Breguet ließ sich unterm 8. Oktober 1878 bei dem Bankhaus E. H. zu St. Immer, wo er damals wohnte, einen Kredit bis auf Fr. 1200 eröffnen, unter Bürgschaft von J. Mosimann und J. P. Müller. Kurz darauf verheirathete er sich mit Amélie Mayer, ebenfalls von Neuenburg, und es wurde zwischen den Eheleuten am 31. Oktober 1878 ein Heirathskontrakt abgeschlossen, laut welchem zwischen ihnen das System der Gütertrennung herrschen und insbesondere eine Anzahl von der Ehefrau eingekehrte Mobilien ihr Eigenthum verbleiben sollte. Im Jahr 1879 zogen die Eheleute B. nach Madretsch im alten bern. Kantonstheil. Hier ließen die obgenannten Bürgen, welche an den Bankier H. die Summe von Fr. 1248 hatten bezahlen müssen, die oberwähnten Mobilien für ihre Regreßforderung mit Arrest belegen, und behaupteten, daß dieselben nach bern. Civilrecht in das Eigenthum des Mannes

übergegangen seien. Die Ehefrau Breguet trat mit einer Vindikation auf und verlangte Anerkennung ihres Eigenthums an den für die Schuld ihres Ehemanns arrestirten Gegenständen. In Umgehung des erstinstanzlichen Richters wurde nach durchgeführtem Beweisverfahren die Streitsache vor den Appellations- und Kassationshof gebracht, welcher die Klage zusprach und den Beklagten Fr. 507. 85 (!) Kosten auferlegte (mehr als die Hälfte des Werthes der streitigen Objekte).

## Motive:

1. Daß Johann Mosimann und Johann Peter Müller, beide in St. Immer, gegen den Ehemann der Klägerin, Anton Breguet, zur Zeit wohnhaft in Madretsch, für eine ihnen gegenüber demselben zustehende Forderung unterm 3./4. Oktober 1879 einen Realarrest auf verschiedene im Pfandverbal näher bezeichnete Beweglichkeiten ausgewirkt haben;

2. daß nun Frau Breguet als Hauptintervenientin im Arrestbestätigungsverfahren diese Beweglichkeiten als ihr Eigenthum vindizirt, darauf gestützt, daß durch Heirathsvertrag vom 31. Oktober 1878 unter den Eheleuten Breguet, damals wohnhaft zu St. Immer, in Gemäßheit der Art. 1536 ff. des Code civil français das System der Gütertrennung stipulirt worden sei und daß die ihr nach Art. 3 und 4 dieses Vertrages ausschließlich angehörenden Beweglichkeiten in einem demselben angehängten Inventar einzeln angegeben und geschätzt worden seien;

3. daß zunächst über die Identität der mit Arrest belegten Gegenstände mit denjenigen, deren Eigenthümerin die Klägerin in Folge des erwähnten Vertrages zu sein behauptet, nach den Aussagen des Weibels Mischler und des Experten Hoffmann kein begründeter Zweifel obwalten kann;

4. daß ein solcher Vertrag nach der jurassischen Gesetzgebung, unter welcher die Eheleute Breguet damals lebten, gültig abgeschlossen werden konnte, und daß bei dessen Abschluß alle gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet worden sind;

5. daß dieser Vertrag im Jura von den dortigen Gläubigern, zu denen auch die jetzigen Beklagten gehören, respektirt werden mußte und nicht aus Grund der Verkürzung ihrer Rechte angefochten werden konnte, weil die künftigen Eheleute ihre güterrechtlichen Verhältnisse nach dortigen Gesetzen ordnen können, wie es ihnen beliebt, ohne durch Rücksichten auf allfällig vorhandene Gläubiger gebnnden zu sein;

6. daß daher nur noch zu prüfen ist, ob der Vertrag seine Wirksamkeit behalten solle, trotzdem daß die Eheleute Breguet den

Jura verlassen haben und in den alten Kantonstheil übergesiedelt sind;

7. Daß schon in wiederholten Entscheidungen anerkannt worden ist, daß Eheverträge, welche unter der Herrschaft eines fremden Gesetzes gültig abgeschlossen worden sind, im altbernischen Staatsgebiete auch dann zu respektiren seien, wenn sie nach den hiesigen Gesetzen nicht hätten eingegangen werden können (vergl. Urtheil Link ca. Link vom 23. November 1872*) und Nordmann ca. Bernheim vom 20. November 1874)**);

8. daß was speziell den vorliegenden Fall betrifft, allerdings allgemein anerkannt ist, daß Dritten gegenüber, zumal im Konkurse, mit Beziehung auf das eheliche Güterrecht das Gesetz des Wohnsitzes der Ehegatten gelten soll, wenn auch unter den Letztern selbst das ursprüngliche Güterrecht fortbesteht,***) daß aber das in Frage stehende Schuldverhältniß im Jura eingegangen wurde, nicht im alten Kantonstheil, daß daher die Beklagten sich nicht darauf stützen können, sie hätten bei Uebernahme der Schuldverpflichtung darauf gerechnet, es werde eintretenden Falles die altbernische Gesetzgebung Anwendung finden, daß somit, wenn der Ehevertrag vom 31. Oktober 1878 auch im alten Kanton respektirt wird, den Beklagten kein wohlerworbenes Recht entzogen wird, daß vielmehr, wenn nach den Bestimmungen des altbernischen Gesetzes

---

*) Ztschr. VIII, 360.

**) Ib. X, vgl. auch Urtheil vom 24. Jan. 1879 i. S. Daley gegen Bourquin. (Red.)

***) Vgl. die Vorschläge in der Bundesversammlung im Jahr 1876, Ztschr. XV, S. 220. Schreiber, die ehel. Güterrechte der Schweiz, II., S. 131, nachdem er eine übersichtliche Darstellung der Theorien über den Einfluß des Domizilwechsels auf das ehel. Güterrecht gegeben, spricht sich folgendermaßen aus: „Weitaus die meisten Freunde der Dauerhaftigkeit der einmal gegründeten Güterordnung beziehen dieselbe sowohl auf das Verhältniß der Gatten unter sich als auf die Schuldenhaft gegenüber Drittleuten, mit Ausnahme Funk's" — (ein älterer, sonst nicht bekannter Schriftsteller, Arch. f. civ. Pr., Bd. XXI), „welcher die Wandelung Dritten gegenüber eintreten läßt, sofern kein Vertrag besteht und dieser nicht öffentlich kundgegeben ist," u. s. w.; vergl. auch l. c. S. 141, wo ganz treffend gesagt ist, daß „wenn überhaupt das Güterrecht der Herkunft" (d. h. des 1. ehel. Domizils) „sich bewahrheiten solle, die Vindikation des **in natura** vorhandenen Weiberguts aus der Masse der Frau gestattet werden müsse." In der That, wenn in Folge gültigen Ehevertrags fragl. Mobilien im Eigenthum der Ehefrau verblieben sind, so wäre nicht abzusehen, kraft welchen Rechtssatzes sie zu Gunsten altbernischer Gläubiger in die Konkursmasse des Ehemannes fallen sollten. — So das oben citirte Urtheil i. S. Link, wo es sich um gerichtliche Vereinigung des Nachlasses handelte. (Red.)

die in Frage stehenden Beweglichkeiten zur Vergantung zugelassen würden, dem Johann Mosimann und dem Peter Müller zum Nachtheil der wohlerworbenen Rechte der Klägerin ein Privileg verschafft würde, das einzig in dem Domizilwechsel der Eheleute Breguet seinen Grund hätte;

9. daß nach diesen Erwägungen die strenge Anwendung des Territorialitätsprinzipes bezüglich des ehelichen Güterrechts in Fällen wie der vorliegende zu offenbaren Härten und Unbilligkeiten führen würde und daß dasselbe daher nur dann ausnahmslos durchzuführen ist, wenn es sich um Gläubiger handelt, welche im alten Kanton unter dessen Gesetzgebung mit einem dort wohnhaften Ehemann paktirt haben;

10. daß somit sämmtliche Einwendungen der Beklagten gegen das Vindikationsbegehren der Klägerin nicht stichhaltig sind und dem Zuspruch desselben nichts im Wege steht.

## 34. Veränderung des Gerichtsstandes durch theilweise Anerkennung der Klageforderung Seitens des Beklagten. — Amtlicher Forumsverschluß. (§ 129 P.)

André Wanger u. Komp. (Kl.) gegen Fürchtgott Näff (Bekl.).

23. April 1881.

(Vgl. Ztschr. XII, 161, Nr. 145, und III S. 21, Nr. 5.)

Kläger forderten die Ablieferung eines vom Beklagten für ihre Rechnung einkassirten Betrages von Fr. 458. 50, oder nach Abzug einer Gegenforderung von Fr. 150. 87 noch restanzlich Fr. 307. 63. — Hievon anerkannte der Beklagte in der Hauptvertheidigung Fr. 141. 28, so daß noch streitig blieb die in die endliche Kompetenz des Amtsgerichts fallende Summe von Fr. 166. 35. — Gleichwohl wurde der Schriftenwechsel und die Beweisführung im ordentlichen Verfahren vor dem Instruktionsrichter verhandelt, und nach Schluß der Akten vereinigten sich die Parteien über Umgehung des erstinstanzlichen Gerichts, worauf die Akten an den App.- und Kass.-Hof eingesandt wurden. Dieser erkannte jedoch von Amtswegen auf Verschließung seines Forums und Ueberweisung der Sache „an die kompetente Behörde" zur Beurtheilung.

**35. Nachträgliche Antretung eines Indizienbeweises ist zulässig unter den Voraussetzungen des § 169 P.; die zu diesem Ende angerufenen Thatsachen fallen nicht unter das Verbot des § 68 P.**

Bohren (Bekl). gegen Gemeinde Scheidegg (Kl.).

23. April 1881.

Die Gemeinde Scheidegg hatte gegen Bohren eine Klage auf Anerkennung einer bestimmten Grenzlinie zwischen dem beidseitigen Grundeigenthum und eine Negatorienklage in Betreff ihres sog. Gletschersand-Grundstücks angestellt. In ihrer Replik führte sie eine Anzahl von Handänderungsverträgen zwischen dritten Personen über andere an das sogen. Gletschersand anstoßende Grundstücke auf, aus denen sich für die Grenzverhältnisse zwischen den Parteien gewisse Schlußfolgerungen ergeben sollten, und behauptete, die bezüglichen Urkunden erst seit Anlegung der Klage entdeckt zu haben, worüber sie den Eid anbot. — Gegen die vom Instruktionsrichter verfügte Zulassung der fragl. Artikel (170 bis 186) der Replik ergriff der Beklagte die Appellation. Der App.- und Kass.-Hof erkannte zwar, es sei „auf die Frage, ob der in Art. 170—186 angetretene Beweis durch Schlußfolgerungen nachträglich zu den Akten gebracht werden könne, dermal nicht einzutreten," erkannte aber dessen Zulässigkeit grundsätzlich an, wie sich ergibt aus folgenden

Motiven:

1. (betrifft die formelle Behandlung der Beschwerdepunkte);

2. daß zunächst nach den Erklärungen der Gemeinde Scheidegg feststeht, daß sie die in Artikel 170—186 angebrachten Thatsachen nicht zum Zwecke der Klagverstärkung aufstellte, sondern als neuentdeckte Beweismitttel zur Führung eines Indizienbeweises zu den in der Klage angeführten Thatsachen verwenden wollte, indem sie sich zugleich bereit erklärte, den in § 169. 2 P. vorgesehenen Eid zu leisten;

3. daß daher lediglich zu prüfen ist, ob die Gemeinde Scheidegg berechtigt war, die fraglichen Artikel als nachträgliche Beweismittel anzubringen, wobei selbstverständlich über deren Werth oder Unwerth als Beweismittel keine Untersuchung anzustellen ist;

4. daß nun allerdings eingewendet werden könnte, die nachträgliche Zulassung eines Indizienbeweises verstoße gegen das

Verbot der Klageverstärkung im § 68 P., da demselben immer Thatsachen zu Grunde liegen, welche für sich betrachtet, die faktischen Anbringen der Partei verstärken werden;

5. daß aber der § 169 P. ganz ausnahmslos die Vorbringung neuer Beweismittel in den dort angeführten Fällen gestattet, ohne den Indizienbeweis auszuschließen;

6. daß nun immerhin sehr wohl ein Unterschied gemacht werden kann, ob neue Thatsachen zum Zwecke der Verstärkung der faktischen Anbringen einer Partei vorgebracht werden, oder aber blos behufs Führung eines nachträglichen Indizienbeweises als neu entdeckte Beweismittel und daß im letztern Fall diese Thatsachen blos mit Rücksicht auf ihren Beweiswerth in Betracht kommen, so daß wohl von einer Verstärkung der Beweise, nicht aber von einer Verstärkung der gemachten Anbringen die Rede sein kann;

7. daß von dieser Frage, ob die Art. 170—186 als neuentdeckte Beweismittel prinzipiell zum Beweise zuzulassen seien, die andere Frage ganz unabhängig ist, ob die Klägerin den in Art. 169, Ziff. 2, vorgeschriebenen Eid wirklich leisten wird, und daß der definitive Entscheid über diesen Beschwerdepunkt des Beklagten verschieden ausfallen muß, je nachdem dieser Eid geleistet wird oder nicht, da im letztern Falle die Art. 170—186 nicht als neuentdeckte Beweismittel, sondern lediglich als neue Thatsachen in Betracht kommen können, und der Beweis abgeschlagen werden müßte.

**36. Im Expropriationsverfahren wird die Frage nicht entschieden, ob auf dem zu expropriirenden Grundstück eine Dienstbarkeit hafte, welche dessen Werth bedeutend vermindern würde. Es wird in diesem Fall die Entschädigung alternativ bestimmt.**

Schmidt-Flohr gegen Einwohnergemeinde Bern.

29. April 1881.

Motive:

Die vier Kapitel des Gesetzes über Entziehung und Beschränkung des unbeweglichen Eigenthums handeln nur „von den allgemeinen Grundsätzen über die Entziehung und Beschränkung des Eigenthums", „von der Entschädigung", vom Verfahren be-

hufs Feststellung der zu enteignenden oder zu beschränkenden Grundstücke und Ausmittlung der Entschädigung", und endlich „von der Bezahlung der Entschädigung und ihren Wirkungen". Allerdings finden sich in den §§ 24 und 41 des erwähnten Gesetzes Bestimmungen über allfällig auf dem zu enteignenden Grund und Boden haftende dingliche Rechte, welche indeß nur dahin gehen, daß die Inhaber solcher Rechte rücksichtlich ihrer Ansprüche sichergestellt werden sollen, und zwar auch dem Eigenthümer gegenüber, so daß diese Bestimmungen für die hier vorliegende Frage nicht in Betracht kommen können; der Gesetzgeber hat offenbar in bewußter Weise Streitigkeiten über dingliche Rechte vom Expropriationsverfahren ausschließen und in das ordentliche Verfahren verweisen wollen, wohin sie auch allein gehören, und wofür sich denn auch die Gerichtspraxis theilweise bereits entschieden hat, sowie der Expropriat selbst sich eine bezügliche Entscheidung im Verfahren vor dem ordentlichen Richter vorbehielt.

## 37. Schenkung an Notherben. Kollationspflicht.

Wiedmer (Bekl.) gegen Christen und Mith. (Kl.).

29. April 1881.

Am 14. April 1879 verstarb in Langenthal Christian Lehmann von Langnau. Er hinterließ als Notherben sechs verheirathete Töchter, bezw. Kinder von solchen und einen — vergeltstagten — Sohn, Namens Christian. Eine der Töchter war die verwittwete Karoline Gräub, geb. Lehmann, sie hatte die letzten acht Tage bei dem kranken Vater zugebracht; einer der Tochtermänner war Christ. Wiedmer, Handelsmann in Lotzwyl. Nach dem Hinscheid des Erblassers wurde ein amtliches Güterverzeichniß durchgeführt; es fand sich aber bei der Inventaraufnahme nur wenig Baarschaft vor und Werthpapiere waren gar nicht vorhanden, obschon notorisch der Erblasser solche besessen und nicht lange vor seinem Tode bedeutende Guthaben bei verschiedenen Kassen zurückgezogen hatte. Zur Auskunft über diese auffallenden Umstände aufgefordert, und später auch zur Manifestation angehalten, erklärte Frau Gräub im Wesentlichen Folgendes: Ihr Vater habe sie am 7. April 1879 auf die Leihkasse geschickt mit dem Auftrag, ein Guthaben von Fr. 12,000, das er dort besaß, auf ihren Namen umschreiben zu lassen, was auch geschehen sei. Am nämlichen Tage habe ihr Vater sie beauftragt, Fr. 22,000, die sich baar in seinem Pult befanden, in der Weise zu vertheilen,

daß Fr. 10,000 ihr, Fr. 10,000 ihrem Schwager Wiedmer, Fr. 1000 der Magd zukommen und die letzten Fr. 1000 im Pult verbleiben sollten. Die für sie und Wiedmer bestimmten Fr. 20,000 sollten dann nach vollzogener Erbtheilung „unter sämmtliche Kinder mit Ausnahme der Geltstagsmasse" (des Sohnes) vertheilt werden. Einige Tage später, jedoch noch bei Lebzeiten Lehmann's, seien die Fr. 20,000 von ihr und Wiedmer erhoben und von Letzterm auf zwei Banken auf ihren beidseitigen Namen angelegt worden. Bei diesem Anlasse habe Lehmann dem Wiedmer seine sämmtlichen Aktien und Obligationen übergeben mit dem Auftrag, dieselben später unter sämmtliche Erben (mit Ausschluß des Sohnes, resp. seiner Gläubiger) zu vertheilen. Auf Veranlassung eines Notars wurden dann am 10. April 1879 noch zwei Urkunden angefertigt mit folgendem Wortlaut:

1. „Endesunterzeichneter trittet hiermit an Johann Wiedmer-Lehmann sowie an Lina Gräub-Lehmann, beide in Lotzwyl, für mir geleistete Dienste als Eigenthum ab: sage zwanzig tausend Franken in baar, Gegenwerth empfangen.

Langenthal, den 10. April 1879.

Sig. Chr. Lehmann.

„Wir nehmen diese Abtretung mit Dank an.

Sig. Joh. Wiedmer,
Lina Gräub-Lehmann."

2. „Endesunterzeichneter Hr. Chr. Lehmann, Handelsmann in Langenthal, tritt hiermit an Johann Wiedmer-Lehmann in Lotzwyl als Eigenthum ab in Aktien" (folgt Spezifikation).

„Den Gegenwerth hier bezeichneter Aktien empfangen.

„Langenthal, den 10. April 1879.

Sig. Chr. Lehmann.

„Ich nehme diese Abtretung mit Dank an.

Sig. Joh. Wiedmer."

Diese Schriften seien abgefaßt worden, um die Bedachten von dem allfälligen Verdachte rechtswidriger Behändigung zu reinigen. —

J. Wiedmer gab in seiner Abhörung im Manifestationsverfahren an, er habe die Fr. 10,000 genommen in der Meinung, sie seien sein Eigenthum, und ihm geschenkt. Er habe sich bei seinem Schwiegervater darüber beklagt, daß er am Schwager Christian Fr. 1800 und an Trösch (einem der andern Schwiegersöhne Lehmann's) Fr. 1200 verliere, worauf ihm der Schwiegervater erklärt habe, er sei jetzt dafür mit den Fr. 10,000, die er ihm gegeben habe, genug entschädigt.

Gestützt auf das Ergebniß dieser Erhebungen stellten die Lehmann'schen Miterben, inkl. der Geltstagsmasse des Christian Lehmann, gegen Joh. Wiedmer und Frau Gräub eine Klage an mit folgenden

Rechtsbegehren:

1. Joh. W. und Karol. G. geb. L. sollen verurtheilt werden, die Fr. 20,000, welche sie in baarem Gelde, resp. Banknoten aus dem Vermögen des Christian Lehmann kurz vor seinem Tode erhoben haben, in die gemeine Erbs- und Theilungsmasse einzuwerfen, resp. sich an ihren Erbtheilen anrechnen zu lassen.

2. Karol. G. geb. L. sei auch schuldig, die Fr. 12,000, für welche sie sich von der Leihkasse in Langenthal aus dem Guthaben des Vaters Chr. L. einen Kassaschein geben ließ, in die gemeine Erbs- und Theilungsmasse einzuwerfen, resp. sich an ihrem Erbtheil anrechnen zu lassen. —

Da Frau Gräub sich den Begehren der Klage ohne Weiteres unterzog, so blieb nur Petitum I, soweit Wiedmer betreffend, streitig.

Die Klage stützte sich (laut „Thatbestand" im Urtheil) wesentlich darauf: Das Rechtsgeschäft, durch welches die Beklagten in den Besitz der Summe von Fr. 20,000 gelangt, sei ein simulirtes. Denn die Beklagten hätten dem Erblasser weder Dienste noch einen Gegenwerth irgend einer Art geleistet; ja der letztere habe mit ihnen nicht einmal auf besonders gutem Fuße gestanden. Es habe sich vielmehr bei beiden Bedachten um eine bloß provisorische Behändigung zum Zweck späterer Vertheilung unter die Geschwister gehandelt, dafür wurden auch Zeugen und eigene Aeußerungen des Beklagten angeführt. Der Beklagte scheint den Standpunkt eingenommen zu haben, daß eine reine Schenkung vorliege, welche vollzogen und nicht anfechtbar sei. — In Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils sprach der App.- und Kass.-Hof die Klage zu.

Motive:

1. Daß die vorliegende Klage nicht sowohl auf Feststellung der Theilungsmasse — Erbschaftsklage —, als vielmehr auf Anfechtung eines Rechtsgeschäftes geht, indem die Rechtsgültigkeit des als Abtretung bezeichneten Aktes vom 10. April 1879 bestritten wird, laut welchem der Erblasser Christian Lehmann seinem Schwiegersohn Joh. Wiedmer-Lehmann und seiner Tochter Lina Gräub-Lehmann Fr. 20,000 als angeblichen Gegenwerth für geleistete Dienste zum Eigenthum abtrat;

2. daß nun vor Allem aus auffällt, daß Lina Gräub, welche doch die Fr. 20,000 empfangen hat, um sie angeblich mit Wiedmer zu theilen, auf die Geltendmachung ihres Anspruches an dem ihr beziehenden Antheil von Fr. 10,000 verzichtet hat, und daß dieser Umstand schon den Gedanken an ein Scheingeschäft nahe legt;

3. daß aber auch mit Beziehung auf die Werthschriften des Erblassers eine ähnliche Abtretung stattfand und Wiedmer zugibt, er habe dieselben nur als Depositum, nicht als Eigenthum behändigt;

4. daß aus den verschiedenen Depositionen der Lina Gräub und einer Reihe von Zeugen sich deutlich ergibt, daß Vater Lehmann keines seiner Kinder vor den andern begünstigen wollte, wie dieß auch aus dem Testament von 1873 ersichtlich ist, daß er namentlich, laut den Aussagen der Zeugen Hofer, Müller und Jakob, dem Beklagten Wiedmer durchaus nicht geneigt war, über welchen er sich noch in einem Briefe an seinen Tochtermann Steiner vom 10. Februar 1879 bitter beklagt, und daß er darauf bedacht war, seine Vermögensverhältnisse dem Publikum, sowie den Geltstagsgläubigern des Sohnes Christian zu verheimlichen;

5. daß sich bei dieser Sachlage die Ausstellung einer solchen Abtretung leicht erklären läßt, indem dieselbe der Lina Gräub und dem Johann Wiedmer lediglich als Legitimation zur Behändigung der darin bezeichneten Werthe dienen sollte, wie dieß auch bezüglich der Abtretung der Werthschriften zugestanden wird;

6. daß nun dieser als Abtretung bezeichnete Akt vom 10. April 1879 seinem Wortlaute nach auf einem zweiseitigen Vertrage beruht, indem darin von einem erhaltenen Gegenwerthe die Rede ist;

7. daß aber nach den Depositionen des Beklagten zu Art. 38 nur von einer billigen Entschädigung für geleistete Dienste, also nicht von einer Leistung gegen eine Gegenleistung, und noch weniger von einer rechtlichen Verpflichtung zu einer solchen Leistung gesprochen werden kann, daß mithin nur eine sog. remuneratorische Schenkung vorliegen würde, welche ganz den allgemeinen Regeln über Schenkungen unterliegt (Windscheid, § 368; N. 10 und 11), wie denn auch in der bezüglichen Eingabe in's amtliche Güterverzeichniß der Ausdruck „Schenkung" gebraucht wird;

8. daß es nun einerseits keinem Zweifel unterliegt, daß Lehmann keine Schenkung unter Lebenden beabsichtigte, daß andererseits die Förmlichkeiten einer Schenkung, die erst nach dem Tode des Schenkers fällig wird, im vorliegenden Falle nicht beobachtet worden sind (Satz. 728 C.);

9. daß auf die eidliche Aussage des Beklagten auf die Erläuterungsfrage zu Art. 38*) deßwegen keine Rücksicht zu nehmen ist, weil sie über das Beweisthema hinausgeht und sich auf das ganze Klagefundament erstreckt, was nicht zulässig ist, und daß übrigens auch aus dieser Aussage die Existenz eines zweiseitigen Vertrages sich nicht ergeben würde.

*) Welche Aussage hiermit gemeint, und was Art. 38 enthielt, ist aus dem „Thatbestand" nicht zu ersehen.

---

Bemerkung. Der unbefangene Leser wird sich des Eindrucks nicht erwehren können, daß vorstehende Motive zur Begründung des die Klage zusprechenden Dispositivs nicht recht genügen. Sie stellen das abgeschlossene Rechtsgeschäft als ein simulirtes hin, denn es sei kein Gegenwerth geleistet; verneinen aber auch die Schenkungsabsicht des Erblassers, so daß schließlich eine grundlose Bereicherung als einziges Klagfundement zu supponiren wäre. Aber der Erblasser hatte die Summe absichtlich und freiwillig hingegeben; das stand unzweifelhaft fest, und diese Handlung verbunden mit dem Veräußerungswillen mußte genügen zur Gültigkeit des Rechtsgeschäfts, sofern der Veräußerer zur Disposition über fragl. Summe überhaupt befugt war (Satz. 725 C.). Ob er dieser Dispositionsbefugniß in casu, einzelnen Notherben gegenüber, entbehrte, dafür fehlt es an jedem Anhaltspunkt in dem durch das Urtheil festgestellten Thatbestand, und sicher hätten die Kläger eine Verletzung des Pflichttheils geltend gemacht, wenn eine solche vorlag. Die Einschießung der Fr. 20,000, resp. 10,000, konnte daher, wie uns scheint, nur gefordert werden gestützt auf den der Schenkung beigefügten modus, welcher dahin ging, es sei die Summe später unter sämmtliche Erben, mit Ausschluß des vergeltstagten Sohnes, bezw. dessen Gläubiger, zu vertheilen (vergl. Windscheid, Pand. l. c. bei N. 12 ff.). Bei Unterstellung dieses Klaggrundes hätte allerdings der Massaverwalter im Nachgeltstag des Christian Lehmann abgewiesen werden müssen. Red.

---

**38. Haftpflicht aus Eisenbahnbetrieb. — Ueberschreiten eines Geleises durch einen Angestellten. — Vorschriftwidriges Verhalten Dritter im Bahnhof als Befreiungsgrund? — Bemessung der Entschädigungssumme zu Gunsten des Verletzten nach Rücksicht auf Familienverhältnisse?**

Husy ca. Jurabahn.

5. Mai 1881.

Der Thatbestand ergibt sich aus untenstehenden Motiven. Das Urtheil lautet auf eine Aversalsumme von Fr. 12,000 nebst Zins unter Vorbehalt späterer „Rektifikation" nach Art. 6 des Haftpflichtgesetzes. Die der Beklagten zur Last fallenden Prozeßkosten beliefen sich auf Fr. 1077. 15.

Die theilweise abweichende Rechtsanschauung des Bundesgerichts über diesen Fall (Entschädigung Fr. 16,000) siehe A. S., Bd. VII, S. 529.

Bemerkenswerth ist, daß von Seiten des Klägers in dieser Sache noch die Verdächtigkeit verschiedener Angestellten der Bahn als Zeugen geltend gemacht und bezügliche Einreden erhoben worden waren, auf die dann aber gerichtlich nicht eingetreten wurde, da nach dem einschlägigen Bundesgesetz freie Beweiswürdigung gilt.

In der Hauptsache lauten die

Motive:

1. Daß Felix Husy am 8. August 1878 des Abends um 6 Uhr und einige Minuten, in seiner Eigenschaft als Lokomotivführer der Jura-Bern-Bahn mit Zug 68 vom Jura her in den Bahnhof Biel, auf dem nördlichsten Geleise einfuhr, und daß zur gleichen Zeit eine Schaar Turner von St. Gallen her mit der Centralbahn anlangte, bei welcher Gelegenheit eine große, noch durch das Marktpublikum vermehrte, laut lärmende Menschenmenge sich im Bahnhofe versammelte und den Perron anfüllte;

2. daß Husy, nachdem er abgelöst worden war, die Maschine auf der südlichen vom Perron abgekehrten Seite verließ, um sich schnell in seine Wohnung zu begeben, und als er im Begriffe war, das zweitnördlichste Geleise zu überschreiten, von der Rangiermaschine, welche ihr regelmäßiges Manöver ausführte, erfaßt, und ihm der rechte Fuß abgedrückt wurde;

3. daß Parteien darüber nicht streitig sind, daß der Unfall beim Betriebe der Jura-Bern-Luzernbahn sich ereignete, so daß Art. 2 des Bundesgesetzes über Hapftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschifffahrtsunternehmungen bei Tödtungen und Körperverletzungen, vom 2. Juli 1875, zur Anwendung kommen muß;

4. daß die Beklagte zwei der in diesem Artikel vorgesehenen Liberationsgründe von der Haftpflicht geltend macht, nämlich zunächst das eigene Verschulden des Husy und sodann das eventuelle Verschulden dritter Personen, ohne Mitverschulden der Bahn;

5. daß sie in ersterer Beziehung anführt, Husy habe den Weg über das Geleise eingeschlagen, trotzdem daß ihm dieß verboten war, er habe beim Ueberschreiten des Geleises die gewöhnlichsten Vorschriftsmaßregeln außer Acht gelassen, nnd sei endlich so zerstreut gewesen, daß er weder auf die Warnungsrufe, noch auf die Signale, noch auf den Lärm der Rangiermaschine achtete;

6. daß ein eigenes Verschulden des Klägers Husy aus folgenden Gründen nicht anzunehmen ist:

a) es ist konstatirt, daß er jederzeit auch außer dem Dienste das Recht hatte, den Bahnkörper zu betreten;

b) jedenfalls waren von der Bahn gegen dieses Ueberschreiten der Geleise, dem Husy niemals Einwendungen gemacht worden, so daß er dasselbe zuletzt als erlaubt ansehen mußte, wenn auch ein bezügliches Verbot bestanden haben sollte;

c) endlich war er durchaus genöthigt, an jenem Abend diesen Weg einzuschlagen, weil er um 7 Uhr 30 Minuten wieder abfahren, und zu diesem Zwecke um 7 Uhr wieder auf der Bahn sein mußte, so daß ihm nicht einmal eine Stunde frei blieb, um sich nach Hause zu begeben, dort seine Verrichtungen zu besorgen, und wieder zurückzukehren und er sich nicht erst mühsam einen Weg durch die Menge bahnen konnte;

d) der Lärm war so groß, daß er das einzige außerhalb der Halle gegebene Signal nicht hören konnte, und es hatte somit dieser Umstand nicht etwa in Husy's Zerstreutheit seinen Grund;

e) wenn allerdings die Betrachtung nahe liegt, daß Husy den Unfall hätte vermeiden können, wenn er sich bei Betreten des Geleises umgeschaut hätte, so ist immerhin nicht außer Acht zu lassen, daß er in großer Eile und von der Tagesarbeit abgespannt war, daß ihm eine besondere Vorsicht, die er wegen des großen Gelärmes und daheriger ~~allfälliger~~ Nichtbeachtung der Signale hätte beachten sollen, nicht zugemuthet werden durfte, daß endlich die Bedienung der

Rangiermaschine ihre Pflicht besser hätte thun sollen und sonach von einem Mitverschulden der Bahn gesprochen werden könnte, wenn man in dieser Beziehung dem Kläger ein Verschulden zur Last legen wollte;

7. daß die Bahn in zweiter Linie als Liberationsgrund geltend macht, das übermäßige Lärmen und Drängen des Publikums auf dem Perron des Bahnhofes, das als mittelbare Ursache des Unfalls betrachtet werden kann, sei ein Verschulden Dritter, bei ihr nicht betheiligter Personen und sie habe daher, auch wenn ein Verschulden des Husy nicht vorliege, für die entstandenen Folgen nicht zu haften;

8. daß nun freilich nach Art. 5 des Bundesgesetzes über die Handhabung der Bahnpolizei dieses Benehmen des Publikums als ein Vergehen, resp. Versehen desselben erscheint; daß aber nach § 2 des Haftpflichtgesetzes derartige Handlungen Dritter die Bahnverwaltung nur dann liberiren, wenn sie kein eigenes Mitverschulden trifft, daß nun nach § 12 des Bahnpolizeigesetzes die Bahngesellschaften für die Handhabung der Bahnpolizei zu sorgen haben, und daß somit im vorliegenden Falle die Beklagte das Verschulden trägt an der Nichtbeobachtung der bezüglichen Vorschriften Seitens des Publikums, so daß sie von der Haftpflicht nicht befreit ist;

9. daß, was das Maß der Entschädigung anbetrifft, konstatirt ist, daß Husy mit Einrechnung der vertragsmäßigen Nebenbezüge im Ganzen ca. Fr. 4000 Besoldung hatte, wovon allerdings abzuziehen ist, was er zu seinem auswärtigen Unterhalt braucht; daß im Weitern konstatirt ist, daß er weder seine frühere Thätigkeit als Bauschlosser oder Mechaniker wird fortsetzen, noch überhaupt wird Arbeiten verrichten können, bei denen häufiges Gehen oder Stehen erforderlich ist, und er mithin in seiner Erwerbsfähigkeit bedeutend beschränkt ist;

10. daß mit Rücksicht darauf, daß er zu seinem und seiner Familie Lebensunterhalt irgend einen neuen Erwerbszweig wird ergreifen müssen, eine Aversalsumme als Entschädigung zweckentsprechender erscheint, als eine jährtiche Rente*);

11. daß im Hinblick auf ähnliche Fälle, namentlich auf den Fall Lorenz Rihs**), dem Fr. 8000 gesprochen wurden, während er ledig war und ein bedeutend geringeres Einkommen hatte als Husy, der eine Frau und ein Kind hat, eine Entschädigungssumme von Fr. 12,000 als nicht zu hoch gegriffen erscheint.

---

*) Das Amtsgericht hatte Fr. 1000 jährl. Rente zugesprochen.
**) Ztschr. XVII, S. 500.

**39. Bundesgesetz über Bau und Betrieb der Eisenbahnen (Art. 16). — Der anläßlich des Baues einer Eisenbahn durch Funken der Lokomotive auf einer sog. Dienstbahn entstandene Brandschaden muß durch die Bauunternehmung ersetzt werden.**

Lehmann und v. Arx, (Bekl.) gegen schweiz. Mobiliarversicherungs-gesellschaft (Kl.).

6. Mai 1881.

(Im Urtheil wird auch hingewiesen auf die aus dem Nachbarrecht hergeleiteten analogen Entscheidungen in Seuffert Arch., Bd. 13, Nr. 235, Bd. 14, Nr. 208. Vgl. auch König, Civ.-Ges. II, 112.)

**40. Milchlieferungsvertrag behufs Käsefabrikation. — Berechtigte Ansprüche des Käufers hinsichtlich der Qualität der Milch.**

Dreyer (Bekl.) gegen Käsereigesellschaft Lützelflüh (Kl.)

12. Mai 1881.

Motive:

1. Daß, nachdem der Widerkläger im heutigen Termin das Entschädigungsbegehren betreffend „Nichtanschaffung und Uebergabe der zum Betriebe der Käsefabrikation nöthigen Geräthschaften" fallen gelassen hat, nur noch die Frage streitig und zu beurtheilen ist, ob, und bejahenden Falls in welchem Maße, ihm ein Schadensersatzanspruch gegen die Vorklägerin zustehe, wegen angeblicher Lieferung von „unreiner, schlechter und ungesunder Milch";

2. daß die klägerische Käsereigesellschaft, indem sie dem Beklagten nach Mitgabe des zwischen Parteien abgeschlossenen Vertrages vom 21. Oktober 1877 „die in das Käsereigebäude zu liefernde Milch vom 1. November 1877 bis 31. Oktober 1878" verkaufte, demselben gemäß **Satz. 706 und 808 C.** dafür Gewähr zu leisten hatte, daß die betreffende Milch diejenigen Eigenschaften habe, welche ihr in dem Vertrage ausdrücklich beigelegt wurden, nämlich „unausgerichtet und unverfälscht", sowie mit keinen verborgenen Mängeln behaftet sei, die sie zur Käsefabrikationuntauglich machen würden;

3. daß nach den Aussagen des gewesenen Hüttenknechtes Gottlieb H. und des Hüttenmeisters Christian Sch. angenommen werden muß, es sei von einem Theil der Lieferanten verdorbene, namentlich „ziegerige“ Milch geliefert worden, wie denn auch die gleichen Zeugen H. und Sch., sowie im fernern Peter L., konstatiren, daß der Beklagte wiederholt über schlechte Milchlieferung geklagt habe, und dieser Sache wegen einmal „Hüttengemeinde“ abgehalten worden sei;

4. daß die Einrede der Vorklägerin, der Widerkläger habe es unterlassen das in Ziffer 4 des Milchkaufvertrages bestimmte Verfahren zur Herstellung des Thatbestandes einer vertragswidrigen Milchlieferung einzuleiten — Beiziehung von Milchfeckern oder andern Vertrauensmännern, sowie Einreichung einer Strafklage — und deßhalb das Recht auf Schadensersatz verwirkt, als unzutreffend zu bezeichnen ist, da es sich in casu nicht um Reklamationen wegen Milchverfälschung, sondern wegen anderweitiger Mängel handelt, die nach dem Gutachten des Sachverständigen in der Regel erst an dem schadhaften Fabrikate entdeckbar sind;

5. daß dagegen, soweit augenfällige Mängel in Frage kommen, was nach den Aussagen der Zeugen und dem Befunde des Sachverständigen bei sog. „Zieger- und Brieschmilch“ der Fall ist, die Abnahme solcher Milch von den Lieferanten eine Genehmigung dieser Mängel in sich schließt, da eine Nachwährschaft für dieselben gemäß Satz. 707 C. nur dann bestehen würde, wenn deren Abwesenheit ausdrücklich zugesichert worden wäre und eine derartige Zusicherung in den Ausdrücken, „unausgerichtet und unverfälscht“, nicht enthalten ist;

6. daß jedoch nach dem Gutachten des Sachverständigen neben diesen leicht erkennbaren Fehlern noch andere Faktoren in Betracht fallen können, welche die gelieferte Milch als zur Käsefabrikation untauglich erscheinen lassen, — wie nicht rein gehaltene Gefässe und sog. „fieberige“ Milch, von Kühen in erhitztem Zustande, oder von solchen, die sich in ärztlicher Behandlung befinden, herrührend — und für diejenige Quote fehlerhafter Milchlieferung, welche auch diese letztangeführten Mängel enthält, ein Schadensersatzanspruch insofern begründet ist, als aus denselben ein Schaden wirklich nachweisbar entstehen konnte;

7. daß wiederum nach dem Expertenbefund die Verarbeitung von schlechter, ungesunder und unreiner Milch vermehrten Arbeitsaufwand erfordert und geringere Ausgiebigkeit im Käseprodukt zur Folge hat, demnach nach diesen beiden Richtungen hin ein Schaden

hergestellt erscheint, wie sich denn im Fernern aus den Aussagen des Käskäufers Wilhelm Lehmann ergibt, daß der bei dem Käseverkauf vorbehaltene Preiszuschlag und das Trinkgeld, mit Rücksicht auf das Vorhandensein einer Anzahl sog. Ausschußkäse, nicht nachbezahlt wurden;

8. daß mathematisch sichere Anhaltspunkte fehlen, nach denen sich feststellen ließe, welche Quote des nachgewiesenen Schadens auf Rechnung der augenfälligen und welche hinwiederum auf Rechnung der nachwährschaftspflichtig machenden Mängel auffalle, weßhalb die daherige Summe, unter Berücksichtigung aller obwaltenden Umstände, nach freiem richterlichem Ermessen bestimmt werden muß

## 41. Schadensersatzpflicht wegen ungerechtfertigter Auswirkung eines „Bestandverbots". (Kreditschädigung).

Klöti (Kl.) gegen Meyer-Tricot (Bekl.)

12. Mai 1881.

Motive:

1. daß es sich in erster Linie fragt, ob das Bestandverbot welches J. Meyer unterm 3./6. November 1880 gegen Klöti herausgenommen hat, für verfallenen oder nicht verfallenen Miethzins ausgewirkt wurde;

2. daß, wenn auch der Wortlaut des zwischen Parteien unterm 26. April 1879 abgeschlossenen Miethvertrages zu der Annahme berechtigen würde, es sei der halbjährliche Miethzins jeweilen auf den 23. April und 23. Oktober fällig, es dennoch nicht zweifelhaft sein kann, daß der Miethzins für welchen das erwähnte Bestandverbot erwirkt wurde, zur Zeit der Herausnahme und Ausführung des letztern noch nicht verfallen war, was sich daraus ergibt . . . u. s. w.;

3. daß nun zwar ein Nachweis des dem Klöti durch diese unbefugte Herausnahme eines Bestandverbotes erwachsenen Schadens nicht erbracht worden ist; daß aber in einem Falle, wie der vorliegende, wo die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch unstreitig vorliegen, indem Klöti als Handelsmann jedenfalls in seinem Kredite geschädigt wurde, das Entschädigungsbegehren ohne Weiteres zugesprochen und das Maß der daherigen Entschädigung durch freies richterliches Ermessen normirt

werden darf (vgl. u. A. Urtheil Emil Maillard ca. Marie Beuret, v. 5. Mai 1881.) *)

Bemerkung. Die Entschädigung wurde auf Fr. 100 festgesetzt. Es erscheint zweifelhaft, ob nach den Grundsätzen unseres dermal geltenden materiellen und Prozeß-Rechts (Satz. 962 C., § 296, Satz 1, P.) dem Richter die Gewährung von Schadensersatzansprüchen in so weiter Ausdehnung zusteht, vgl. indeß Ztschr. XVII, 44.

**42. Annahme einer „fruchtbaren" Anweisung im Geltstag des Schuldners gilt als Zahlung und befreit den Letztern, trotz zu hoher Schatzung des Gegenstandes der Anweisung.**

Brosy gegen Grütter.

13. Mai 1881.

Theodor Brosy, Notar in Olten, hatte an Joh. Grütter, Landwirth in Seeberg (Kt. Bern), laut „Handschrift" d. d. 7. Sept. 1874 ein zu 5 % verzinsliches und auf 1. Okt. 1875 rückzahlbares Kapital zu fordern. Diese Forderung trat er am 25. Sept. 1874 an die Solothurner Hülfskasse in Solothurn ab. Im Februar 1875 fiel der Schuldner in Geltstag; die Solothurner Hülfskasse machte ihre Forderung im Gesammtbelauf von Fr. 3098. 05 geltend und erhielt dafür „fruchtbare Anweisung", unter Anderem für Fr. 1274· 30 auf „den in die Masse gefallenen zehnten Theil des fürgestellten Gutes der Kinder der Elisabeth Lehmann, geb. Jaggi." (Dies scheint die Schwiegermutter des Schuldners und der 10. Theil des fürgestellten Gutes der Antheil der Ehefrau desselben an dem väterlichen Erbe zu sein.) Auf diesem letztern Vermögen haftete nun ein Nutznießungsrecht zu Gunsten der genannten Elis. Lehmann, geb. Jaggi, auf welches bei der Aufnahme des betreffenden Postens in's Aktivenverzeichniß der Geltstagsmasse nicht Rücksicht genommen wurde. Am 11. Juni 1880 trat die Solo-

*) In diesem (jurassischen) Rechtsfall handelte es sich um dolose Hemmung einer Betreibung durch ein ungerechtfertigtes Vindikationsbegehren.

thurner Hülfskasse ihre gesammte Anweisung wieder an Theod. Brosy obgenannt ab; bald darauf*) wurde der Geltstag des Grütter aufgehoben, weil die Gläubiger sämmtlich fruchtbare Anweisungen erhalten hatten und Ausschlagungen solcher nicht eingelangt waren. Nun klagte Brosy gegen Grütter auf Anerkennung der „Zinspflicht von dem restanzlich schuldigen Kapital von Fr. 1284. 30 zu 5 % per Jahr vom 14. April 1875 an gerechnet," und auf Nachbezahlung der seit 14. April 1875 verfallenen, sowie Entrichtung der künftig fälligen Zinse, „so lange die Nutznießerin des Kapitals am Leben sein wird," indem er sich darauf berief, die Solothurner Hülfskasse habe für den Zins dieses Theils ihrer Kapitalforderung keine fruchtbare Anweisung erhalten. Der Streit wurde direkt vor App.- u. Kass.-Hof zum Austrag gebracht, welcher die Klage abwies.

Motive:

1. Daß der Kläger Brosy verlangt, der Beklagte Grütter habe ihm gegenüber die Zinspflicht von einem laut Handschrift vom 7. Sept. 1874 restanzlich geschuldeten Kapital von Fr. 1274. 30 zu 5 % jährlich, vom 14. April 1875 an gerechnet, anzuerkennen;

2. daß am 5. Februar 1875 über Grütter der Geltstag verhängt worden ist, und daß in diesem Geltstag die Solothurner Hülfskasse, als Cessionarin des Brosy, obige Forderung sammt Zins à 5 % bis zum Auslauf der Eingabefrist, als dem 14. April 1875, nebst den Eingabskosten, im Ganzen betragend Fr. 3098. 05, geltend machte und dafür vollständig fruchtbar angewiesen wurde;

3. daß sie unter Anderem für den Betrag von Fr. 1274. 30 eine Anweisung erhielt auf den in die Masse gefallenen zehnten Theil des „fürgestellten Gutes" der Kinder der Elisabeth Lehmann, geb. Jaggi, Joh. sel. Wittwe von Rüedtligen in Lyßach, von welchem die genannte Wittwe Lehmann lebenslänglich den Zinsertrag zu beziehen hat;

4. daß am 5. Sept. 1876 der gegen Grütter erkannte Geltstag mit allen seinen Folgen wieder aufgehoben wurde, und daß hierauf Brosy, dem die Forderung auf Grütter von der Solothurner Hülfskassa zurück abgetreten worden war, für die Zinse des Kapitals von Fr. 1274. 30 à 5 % seit 14. April 1875 gegen den Beklagten die Betreibung einleitete, wogegen dieser Letztere wegen Nichtschuld Widerspruch erhob;

*) So der „Thatbestand" des Urtheils. Die Motive enthalten das wahrscheinlichere Datum des 5. Sept. 1876.



5. daß nun mit dem Eintritt des Geltstages alle Forderungen fällig werden, und die Gläubiger des Geltstagers dieselben unter Folge der Präklusion geltend zu machen haben, (§§ 550, 558, 568, 576, 578 V. V.);

6. daß die Solothurner Hülfskasse, wie bereits bemerkt, die Forderung an Grütter in dessen Geltstag eingegeben, und dafür eine vollständig fruchtbare Anweisung erhalten hat, welche auch nicht ausgeschlagen wurde;

7. daß nach § 597 V. V. der Geltstager von seinen Verbindlichkeiten bis zu dem Betrage des Werthes der abgetretenen Güter entledigt wird; daß also mit andern Worten die angenommenen fruchtbaren Anweisungen als Bezahlung gelten (vgl. auch § 595 V. V.);

8. daß daher, wenn ein Forderungsrecht Gegenstand einer solchen Anweisung*) ist, eine Novation eintritt und das ursprüngliche Forderungsrecht erlischt, eine allfällige Schuldurkunde ihre rechtliche Wirkung verliert, daß somit der Gläubiger kein Recht mehr aus dem untergegangenen Rechtsgeschäfte herleiten kann, nachdem er einmal die ihm ertheilte fruchtbare Anweisung als Zahlung angenommen hat dadurch, daß er sie weder ausschlägt noch dagegen Einspruch erhebt;

9. daß demnach im vorliegenden Falle durch Annahme der vollständig fruchtbaren Anweisung Seitens der gläubigerischen Kasse die Handschrift vom 7. September 1874 alle und jede rechtliche Bedeutung verloren hat, und aus derselben keine Zinspflicht gegen den Beklagten geltend gemacht werden kann, indem der Umstand, daß Wittwe Lehmann am fraglichen Anweisungsobjekte die lebenslängliche Nutzung hat, in dieser Hinsicht ganz außer Betracht fällt.

## 43. Haftpflicht der Eisenbahnunternehmungen bei Verletzungs- und Tödtungsfällen. — Die Klagverjährung des bezügl. Bundesgesetzes wird durch Ladung zum Sühneversuch nicht unterbrochen.

Erbsch. Weber gegen schweiz. Centralbahngesellschaft.

13. Mai 1881.

Nachdem der Arbeiter Weber auf die in nachstehendem Motiv 1 beschriebene Weise eine den Tod nach sich ziehende Verletzung

*) Sic!

erlitten hatte und am 7. Nov. 1877 geſtorben war, ſchrieb Fürſprech Arn. St. in Bern unterm 20. gl. M. an das Direktorium der ſchweiz. Centralbahngeſellſchaft Folgendes: „Im Auftrage der Wittwe des geweſenen Bahnwärters und Vorarbeiters A. Weber ſel. erlaube ich mir, Ihnen eine beglaubigte Abſchrift des über die Urſache des Todes des genannten Weber ausgeſtellten ärztlichen Befundes zugehen zu laſſen. Hiermit verbinde ich die höfliche Anfrage, in welcher Weiſe Sie die von Weber hinterlaſſene Familie zu entſchädigen gedenken.“ — Die Antwort des Direktoriums vom 13. Dezember gl. J. lautete: „In Erwiederung ꝛc. beehren wir uns, Ihnen mitzutheilen, daß, nach Einſicht des uns in Abſchrift eingeſandten ärztlichen Befundes, wir die Penſion, auf welche Frau Wittwe Weber aus unſerer Hülfskaſſe Anrecht hat, auf 40 Prozent des Gehaltes ihres Mannes feſtgeſetzt haben (Art. 11 a der Statuten der Hülfskaſſe).“ — Wittwe Weber wollte mehr; es erfolgte die friedensrichterliche Ladung zum Sühneverſuch unterm 27. Juni 1878, und am 26. Juni 1880 Zuſtellung der Klage auf Entſchädigung, geſtützt auf das Haftpflichtgeſetz. — Der Letztern gegenüber vertheidigte die Centralbahn ſich vor Allem uneinläßlich, ſich auf Vergleich und Klagverjährung berufend; einläßlich wurde namentlich geltend gemacht, daß der Unfall nicht beim Betrieb der Bahn ſich ereignet habe. Die peremtoriſche Einrede wurde von dem direkt angegangenen App.- und Kaſſ.-Hof zugeſprochen. (Ebenſo durch das Bundesgericht, ſiehe A. S., Bd. 7, S. 537 ff. wo namentlich ausgeführt wird: Art. 10 B.-G. vom 1. Juni 1875 habe, im Gegenſatze zum deutſchen Reichshaftpflichtgeſetze, § 8, nicht nur den Beginn und die Dauer, ſondern auch die Unterbrechungsgründe der Verjährung erſchöpfend und für das ganze Gebiet der Eidgenoſſenſchaft einheitlich normirt; es ſeien daher als ſolche lediglich die im B.-G. genannten Akte, Anſtellung der Klage und (einmalige) außergerichtliche ſchriftliche Reklamation bei der Direktion der Transportanſtalt anerkannt und können daneben die im allgemeinen Privatrechte beſtehenden anderweitigen Unterbrechungsgründe der Verjährung nicht in Betracht kommen. — Vgl. im Gegenſatz hiezu Obl.-R. 154, Abſ. 2. — Gilt obige Auslegung auch für Transp.-Geſ., Art. 49?)

## Motive:

1. Daß in faktiſcher Beziehung Folgendes feſtſteht:

Franz Anton Georg Weber von Geuenſee, Kt. Luzern, war von 1857 bis 1877 im Dienſte der ſchweiz. Centralbahn als Bahnwärter und Vorarbeiter angeſtellt und hatte als ſolcher mit

Hinzurechnung der Vergütung für die Nachtarbeiten eine jährliche Gesammtbesoldung von Fr. 1155.

In der Nacht vom 20./21. Oktober 1877 war Weber mit zwei andern Arbeitern, B. und U., damit beschäftigt, eine Schienen-Weichenzunge in die Reparaturenwerkstätte im Bahnhof Bern zu tragen, deren Gewicht etwa 140 Kilos betrug. B. trug vor, U. in der Mitte und Weber hinten. Wie nun B. die Schiene von der Schulter auf den Ambos gleiten ließ und U. einen Bock holte, drehte sich die Schiene, weil sie mit dem Wirbel auf den Ambos zu liegen kam, und verletzte Weber am rechten Ohre. Derselbe setzte zwar die Arbeit noch fort, mußte in der Nacht vom 22.—23. Oktober dieselbe jedoch aufgeben. Die Verletzung am Ohre hatte einen Gesichtsrothlauf zur Folge und am 7. November starb Weber an einer Herzlähmung. Nach dem Gutachten der medizinischen Experten steht der Causalzusammenhang zwischen Verletzung und Tod außer Zweifel, so daß der Versuch der Beklagten, den Tod des Weber als Folge einer Mißhütung von seiner Seite nachzuweisen, als mißlungen erscheint;

2. daß nun die Erben des Weber, nämlich seine Wittwe und seine drei noch minderjährigen Kinder, gestützt auf Art. 2 des Bundesgesetzes, betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen bei Tödtungen und Verletzungen, vom 1. Juli 1875, von der schweiz. Centralbahn dafür Entschädigung fordern, daß Weber im Bahndienste seinen Tod gefunden hat, und daß dieser Entschädigungsanspruch folgendermaßen spezifizirt wird: Für die Kosten der versuchten Heilung Fr. 100, für Beerdigungskosten Fr. 120, für entgangenen Verdienst vom 24. Oktober bis zum 7. November, als dem Todestage, Fr. 56, für den der Wittwe Weber entzogenen Unterhalt Fr. 5000, für den den Kindern entzogenen Unterhalt Fr. 8000;

3. daß von der beklagten Gesellschaft in erster Linie eine peremtorische Einrede gegen die Klage der Erbschaft Weber angegebracht und in doppelter Weise zu begründen versucht wird, indem einerseits behauptet wird, dadurch, daß Wittwe Weber eine monatlich zahlbare Pension im Betrage von 40 % des Gehaltes ihres Mannes aus der Hülfskasse für die Angestellten beziehe, habe sie auf eine Entschädigung aus dem Haftpflichtgesetze verzichtet, und andererseits geltend gemacht wird, das Klagrecht der Erben des Weber sei durch Verjährung erloschen;

4. daß nun der Umstand, daß Wittwe Weber eine Pension aus der Hülfskasse der Beklagten bezog, nicht in Form einer peremtorischen Einrede angebracht werden kann, da die in § 146.

3 P. vorgesehene Einrede einen wirklichen Vergleich voraussetzt, durch welchen die Parteien in verbindlicher Weise ihren übereinstimmenden Willen kund gegeben haben, den Streit zu beseitigen, während im vorliegenden Falle der Wille der Wittwe Weber nicht dahin ging, durch den Bezug jener Pension auf eine allfällige, weitergehende Entschädigung aus dem Haftpflichtgesetze zu verzichten;

5. daß hingegen die angebrachte peremtorische Einrede als Einrede der Verjährung, § 146, 1 P., nach Art. 10 des mehrerwähnten Bundesgesetzes begründet ist, wie sich aus folgenden Erwägungen ergibt:

a) Art. 10 dieses Gesetzes stellt bestimmte gesetzliche Bestimmungen über die Verjährung der in demselben vorgesehenen Schadenersatzansprüche auf, welche strikte zu interpretiren sind, da es im Interesse der ausgleichenden Gerechtigkeit liegt, gegenüber den strengen Vorschriften des Gesetzes über unbedingte Haftung der Transportanstalten und über die zu Gunsten des Beschädigten verfügte Umkehrung der Beweislast auch diejenigen Bestimmungen unverkümmert zur Geltung zu bringen, welche zum Schutze der ungünstiger gestellten Partei aufgestellt sind, zumal da es in derartigen Fällen, im beiderseitigen Interesse liegt, daß der Streit so bald als möglich erledigt werde;

b) nach dem angeführten Artikel wird nun die zweijährige Verjährungsfrist, außer durch Anstellung der Klage (vgl. in dieser Beziehung § 117, al. 2 P.), nur durch schriftliche Reklamationen bei der betreffenden Direktion unterbrochen und zwar so, daß die Verjährung nicht ablaufen kann, so lange die Reklamation nicht erledigt ist, während vom Empfange eines abschlägigen Bescheides an eine neue zweijährige Verjährungsfrist beginnt, welche durch eine weitere Reklamation nicht mehr unterbrochen wird;

c) Im Auftrag der Wittwe Weber hat Fürsprech St. mit Schreiben vom 20. November 1877 das Direktorium der schweiz. Centralbahn angefragt, in welcher Weise die Bahn die von Weber hinterlassene Familie zu entschädigen gedenke. Auf dieses Schreiben antwortete das Direktorium der genannten Bahngesellschaft unterm 13. Dezember 1877 in folgender Weise: „Wir beehren uns, Ihnen mitzutheilen, daß nach Einsicht des uns in Abschrift eingesandten ärztlichen Befundes, wir die Pension, auf welche Frau Wittwe Weber aus unserer Hülfskasse Anrecht hat, auf 40 % des

Gehaltes ihres Mannes festgesetzt haben (Art. 11 a [resp. 10 a] der Statuten der Hülfskasse).

Im Hinblick auf diese Sachlage ergeben sich nun zwei mögliche Gesichtspunkte rücksichtlich der Frage der Verjährung, welche auch Beide von der Klägerschaft geltend gemacht worden sind, aber beide zu einem für dieselben gleich ungünstigen Resultate führen. Entweder nämlich:

aa) betrachtet man das Schreiben vom 20. November 1877 nicht als eine Reklamation im Sinne des Art. 10 des Haftpflichtgesetzes — dann hat die Verjährung am 7. November 1877 begonnen und ist mit dem 6. November 1879 abgelaufen, weil sie nur durch schriftliche Reklamation unterbrochen wird, die friedensrichterliche Ladung vom 26. Juni 1878 aber keine Reklamation im gesetzlichen Sinne war, so daß die erst am 26. Juni 1880 angestellte Klage als verspätet erscheint, oder aber

bb) man erblickt in dem angeführten Schreiben vom 20. November 1877 eine die Verjährung unterbrechende Reklamation im Sinne des Art. 10 des Gesetzes — in diesem Falle kann es nun keinem Zweifel unterliegen, daß in dem Schreiben des Direktoriums der Centralbahn ein abschlägiger Bescheid auf die erhobene Reklamation liegt, indem dasselbe durch die Erklärung, der Familie Weber die statutengemäße Pension aus der Hülfskasse zukommen lassen zu wollen, die Anerkennung einer Verpflichtung zu einer weitergehenden Entschädigung nach dem Haftpflichtgesetze von der Hand gewiesen hat, wie dieß denn auch die Auffassung der Klägerschaft war, da sie auf diesen Bescheid hin den friedensrichterlichen Aussöhnungsversuch anstellte. Es begann demnach eine neue zweijährige Verjährung vom 13. Dez. 1877 an zu laufen, welche nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes nur noch durch Anstellung der Klage, nicht aber durch eine neue Reklamation und ebenso wenig durch die friedensrichterliche Ladung zum Aussöhnungsversuch unterbrochen werden konnte, so daß, auch wenn man sich auf diesen Standpunkt stellt, die Klage der Erbschaft Weber im Zeitpunkte ihrer Anbringung, 26. Juni 1880, schon seit mehr als einem halben Jahr verjährt war.

## 44. „Produktivgenossenschaft" als Erwerbsgesellschaft zu behandeln. — Pfandobligation; Veränderung, resp. Berichtigung nach stattgehabter „Beglobung".

Friedr. und Chr. Herrmann (Kl.) gegen Schwenk und Mith.

14. Mai 1881.

Motive:

1. Daß die Einspruchskläger verlangen, es sei die von der Produktivgenossenschaft der Schreiner in Bern, beziehungsweise von den vorgeladenen Mitgliedern derselben im Geltstag des Niklaus Mühlemann geltend gemachte und angewiesene Forderung von Fr. 3584. 50 aus der III Klasse auszuweisen, und der Klassifikations= und Vertheilungsentwurf in dem Sinne abzuändern, daß die Einspruchskläger im Verhältniß ihrer Forderung auf das frei werdende Vermögen angewiesen werden;

2. daß Niklaus Mühlemann am 24. Januar 1880 den Geltstag angerufen und am 31. März 1880 derselbe definitiv erkannt worden ist; — daß er unterm 6. Januar 1880 zu Gunsten des Joh. Albert, Schlossermeisters in Bern, Rechtsvorfahr der heutigen Einspruchskläger, eine Obligation im Betrage von Fr. 1000 und sodann unterm 21. Januar 1880 zu Gunsten der Produktivgenossenschaft der Schreiner in Bern eine Pfandobligation im Betrage von Fr. 3500 ausstellte, für welche sie zum größten Theil fruchtbar in Klasse III angewiesen wurde, während Albert in Klasse V zur Geduld gewiesen wurde;

3. daß Albert eine Beweisführung zum ewigen Gedächtniß veranstaltete, um nachzuweisen, daß die fragliche Pfandobligation nicht in gehöriger Weise beglobt worden sei und daß dieselbe folgendes Resultat ergab:

Am 21. Januar 1880 mußte Mühlemann wegen Krankheit das Bett hüten und es fand deßhalb die Beglobung der Pfandobligation in dessen Wohnung statt. Im Moment der Beglobung war blos die Produktivgenossenschaft als solche als Gläubigerin erwähnt, nicht die einzelnen Mitglieder derselben. Der Amtsschreiber von Bern weigerte sich nun, die Pfandobligation einzutragen, weil die Produktivgenossenschaft keine juristische Person sei, woraufhin der stipulirende Notar die Namen der einzelnen Mitglieder am Rande des Conceptes einschaltete und mittelst eines „*)" darauf verwies. Die neue Ausfertigung der Pfandobligation wurde sodann, ohne daß eine nochmalige Gelübdserstattung statt-

gefunden hätte, in's Grundbuch eingetragen, so daß die einzige Veränderung des ursprünglichen Conceptes darin bestand, daß neben dem Collektivnamen der Genossenschaft auch deren einzelne Mitglieder namentlich angeführt wurden;

4. daß die Einspruchskläger nun ihren Einspruch vornehmlich damit zu begründen versuchen, daß sie die Rechtsgültigkeit der fraglichen Pfandobligation bestreiten;

5. daß von der beklagten Partei vorerst ihre Passivlegitimation bestritten wird; weil die Produktivgenossenschaft der Schreiner als solche Anweisung erhalten habe, nicht die einzelnen vorgeladenen Mitglieder derselben und weil die letztern nicht identisch seien mit der Genossenschaft als solcher;

6. daß nun allerdings die Produktivgenossenschaft der Schreiner, als Erwerbsgesellschaft, welche Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen kann, auf ihren Collektivnamen hätte belangt werden können und die Vorladung dadurch an Klarheit gewonnen hätte, daß dieß aber nicht geschehen mußte, weil derartige Personengesammtheiten, welche nicht juristische Persönlichkeit besitzen, auch in der Person ihrer einzelnen Mitglieder belangt werden können, daß aus den prozedürlichen Akten hervorgeht, daß die Beklagten als Mitglieder der Genossenschaft in's Recht gefaßt und sämmtliche Mitglieder derselben, welche ja auch in der Pfandobligation, als mit ihr identisch erscheinen, vorgeladen wurden, so daß die Passivlegitimation der Beklagten hergestellt ist;

7. daß, was die materielle Seite der Frage betrifft, die Einspruchskläger behaupten; die fragliche Pfandobligation sei nur 5 Tage vor Anrufung des Geltstages beglobt und erst 12 Tage nach derselben eingetragen worden, demnach in fraudem creditorum errichtet und daher unverbindlich;

7. daß aber weder die Absicht des Mühlemann, seine Gläubiger zu verkürzen, nachgewiesen ist, da eine solche aus der bloßen Thatsache, daß die fragliche Pfandobligation kurze Zeit vor Anrufung des Geltstages errichtet wurde, nicht gefolgert werden kann, noch auch, wenn in casu wirklich eine solche Absicht nach den Umständen anzunehmen wäre, die Mitwissenschaft der beklagten Genossenschaft behauptet ist, so daß jedenfalls die Voraussetzungen der actio Paulliana hier nicht gegeben sind, und das um so weniger, als die Obligation des Albert selbst nicht viel früher, als die Pfandobligation der Einspruchsbeklagten errichtet wurde;

9. daß der weitere Einwand der Kläger, die Pfandobligation sei erst nach Anrufung des Geltstages des Mühlemann eingetragen worden, unstichhaltig ist, weil die Eintragung ohne Mitwirkung des Schuldners geschieht, und somit keine verbotene Verfügung

über sein Vermögen enthält, wie dies übrigens auch positiv in der Gesetzgebung anerkannt ist (Art. 13 des Gesetzes vom 8. Aug. 1849; § 12 d. Ges. über d. Hypothekarkasse vom 18. Juli 1875;

10. daß endlich auch in der Einschaltung der Namen der einzelnen Mitglieder der Genossenschaft im ursprünglichen Concept keine wesentliche Aenderung liegt, und demnach eine neue Beglobung keineswegs erforderlich war.

**45. Rechtsversicherung. — Der Zustand der „Betreibung bis zur Pfandnahme" (§ 51 a. al. 2 P.) ist erst nach Ablauf der viertägigen Frist, von der Zustellung des Vollziehungsbefehls hinweg gerechnet, vorhanden.**

Einwohnergemeinde Aarmühle gegen Rubin.

20 Mai 1881.

**46. Condictio indebiti. — Rückforderungsklage des § 442 B. B. — Kein Verjährungserwerb an Forderungen.**

Messerli (Kl.) gegen Wenger und Mith.

16. Juni 1881.

Joh. Messerli war in Folge Gantkaufes Schuldner eines Kapitalpostens von Fr. 4253. 57, den er Seitens der Gantbehörde angewiesen wurde, an Frau Maria Messerli geb. Keusen, als Wittwe und Rechtsnachfolgerin des Niklaus Messerli zu bezahlen. Er bezahlte auch wirklich auf ergangene Zahlungsaufforderung im Oktober 1877 Fr. 1000 nebst Zins an genannte Wittwe. Nach dem am 14. März 1878 erfolgten Tode der Letztern erzeigte sich nun, daß die Kapitalforderung, für welche das Grundstück gehaftet hatte, das Joh. Messerli wie Eingangs erwähnt durch Gantkauf erworben, nicht der Wittwe Messerli-Keusen, sondern den Testamentserben ihres verstorbenen Ehemannes gehörte und daß ihr nur die Nutznießung seines Vermögens zugestanden hatte. Joh. Messerli mußte nun das genannte Kapital ganz an diese Erben bezahlen und forderte die schon einmal bezahlte Summe von Fr. 1049 von den Erben der Wittwe M. geb. K. zurück. — Gegen diese Rückforderungsklage wurde unter Anderm eine peremtorische Einrede erhoben, welche damit begründet war: es handle sich um eine in Folge unterlassenen

Widerspruchs gegen die Zahlungsaufforderung bezahlte Summe und die Klage hätte daher innerhalb 6 Monaten nach der Zahlung angehoben werden sollen. Ferner sei die Wittwe M. durch zehnjährigen, rechtmäßigen, redlichen und unangesprochenen Besitz resp. durch Verjährung Eigenthümerin des ihr s. Zt. von dem Gantliquidator ertheilten Titels geworden. Auf diese Punkte beziehen sich die nachstehenden Motive, auf welche gestützt die peremtorische Einrede abgewiesen wurde. Die Klage selbst wurde nach Satz. 1013 C. zugesprochen.

Motive:

12. Daß vorerst der Einwurf der verspäteten Anbringung der Klage nicht als begründet erscheint, weil der § 442 V. V. auf den vorliegenden Fall aus folgenden Gesichtspunkten nicht anwendbar ist:

a) die Satz. 1013 C. läßt die Rückforderungsklage nur bei der Zahlung aus thatsächlichem Irrthum zu, während die meisten neueren Gesetzgebungen, von Oesterreich § 1431, Frankreich Code civ. Art. 1377, Solothurn § 1469, Zürich Art. 1216, 1221, Entwurf des schweiz. Obligationenrechts von 1877 Art. 103, sowie auch die überwiegende Mehrzahl der Rechtslehrer, v. Vangerow, Leitfaden S. 102 (sic), Savigny Syst. III. S. 447, Windscheid Pandekten II. S. 598 Anmerkung 14, Wächter Pandekten II. § 524, auch den Rechtsirrthum zur Condictio indebiti genügen lassen;

b) um nun diese Härte des Gesetzes zu mildern, wurde in § 442 V. V. der Grundsatz aufgestellt, daß derjenige, welcher wegen Unterlassung des Widerspruches gegen die angehobene Betreibuug zur Zahlung gezwungen worden, das Bezahlte innerhalb der Frist von sechs Monaten gegen Sicherheitsleistung als Nichtschuld zurückfordern könne;

c) durch diese Bestimmung wurde aber die Satz. 1013 C. bloß erweitert, nicht aber die Rückforderungsklage wegen einer aus thatsächlichem Irrthum bezahlten Nichtschuld von der kurzen Frist von sechs Monaten abhängig gemacht, vielmehr soll und kann sich diese kurze und singuläre Verjährungsfrist blos auf den Fall beziehen, in welchem Jemand, der wohl weiß, daß er nicht schuldet, „unterläßt" oder „vergißt", gegen die angehobene Betreibung Widerspruch zu erheben, und in Folge dessen zahlen muß. (Siehe Tagblatt des Großen Rathes 1850, namentlich die

Voten der Berichterstatter der Eilferkommission und des Regierungsrathes, S. 356, 357 und 358 zu § 439 des Entwurfes des V. V.; vgl. Judikat Christian Hofer und Mithafte gegen schweiz. Volksbank vom 2. Okt. 1880);

d) Johannes Messerli hatte geglaubt, er sei die Fr. 1000 der Wittwe Maria Messerli geb. Keusen wirklich schuldig, deßhalb erhob er gegen die Zahlungsaufforderung des Bevollmächtigten derselben keinen Widerspruch und durfte solches auch nach Vorschrift des § 432 V. V. nicht thun;

13. daß auch der zweite Einwand der Beklagten, die Wittwe Maria Messerli geb. Keusen habe in Folge ihres mehr als zehnjährigen, rechtsmäßigen, redlichen und unangefochtenen Besitzes des in der Gantliquidation gegen Johann Rupp und Bendicht Messerli erhaltenen Titels auf den Kläger Johann Messerli das Eigenthum an diesem Titel durch Verjährung erworben (Art. 67 b der Hauptvertheidigung), schon deßhalb als unbegründet erscheint, weil das bernische Recht keine erwerbende Verjährung eines Forderungsrechtes kennt, weil ferner die Wittwe Maria Messerli jenen Titel bloß als Nutznießerin besaß und ihren Besitztitel nicht willkürlich in einen Eigenthumstitel umändern konnte, und weil endlich der ursprüngliche Forderungstitel, Kaufbeile vom 20. Juni 1863, seit Jahren vermißt wird.

---

Bemerkung. Gegenüber den obstehenden Auseinandersetzungen glauben wir denn doch an dem festhalten zu sollen, was Ztschr. Bd. 17, S. 326, über die Natur der Rückforderungsklage aus § 442 V. V. und deren Verhältniß zur Klage aus Satz. 1013 C. bemerkt wurde. Besser kann man übrigens dieses Verhältniß nicht darstellen a s es in der dort schon citirten Stelle von Ullmer, Komm. z. pr. G.-B. des Kantons Zürich, Bd. II, S. 168, geschehen, welche wir zu größerer Bequemlichkeit hersetzen. Die Gesetzesstelle lautet:

„§ 1228. Ist ein Schuldner durch den Rechtstrieb wegen Versäumniß der für die Einsprache gesetzten Fristen zur Zahlung einer von ihm nicht anerkannten Schuld genöthigt worden, so steht ihm eine ähnliche Rückforderung der behaupteten Nichtschuld zu."

Beinahe gleichlautend sagt das bern. Gesetz über das Vollziehungsverfahren § 442, al. 2:

„Dem Schuldner, welcher in Folge der Unterlassung des Widerspruches zur Zahlung gezwungen worden, bleibt das Recht vorbehalten, das Bezahlte als Nichtschuld zurückzufordern, wenn er den Beweis leistet, daß die Schuld nicht gegründet gewesen, oder daß er dieselbe wiederholt bezahlt habe."

Nun folgt die Anmerkung:

„Nr. 1903. 1. Nachdem unser pr. G. in den §§ 1216 bis 1227 die gemeinrechtliche Klage wegen irrthümlich bezahlter Nichtschuld behandelt hat, erwähnt es in § 1228, allerdings ohne Aufstellung besonderer Bestimmungen, einer ähnlichen, aber eigenthümlichen Klage, die gestattet ist, wenn die Nichtschuld aus Zwang, nämlich nach Anhebung des Rechtstriebes wegen Versäumniß der für die Einsprache gesetzten Frist, bezahlt worden ist.

2. Die Gestattung dieser besondern Klage hat ihren Grund in der Eigenthümlichkeit unseres (deutsch-schweizerischen) Rechtstriebsverfahren, wonach, wer eine Forderung behauptet, ohne sich an den Richter wenden und den Forderungsgrund nachweisen zu müssen, die Vollstreckung durch den Vollziehungsbeamten anheben lassen kann und diese Vollstreckung nicht gehemmt wird, wenn der angebliche Schuldner binnen Frist unterläßt, nicht nur Einsprache gegen die Forderung zu erheben, sondern auch für Hemmung der Vollstreckung zu sorgen.

3. Demnach hat, wer eine in Folge Rechtstrieb geleistete Zahlung zurückfordert, zwar zu beweisen, daß die durch den Rechtstrieb geltend gemachte Ansprache grundlos gewesen sei; dagegen liegt ihm nicht ob, wie demjenigen, der freiwillig bezahlt hat, zu bescheinigen, daß er in Folge eines Irrthums bezahlt habe; vielmehr wäre es Sache des Empfängers nachzuweisen, daß der Rückforderer nicht aus Irrthum, sondern in der Absicht zu schenken oder eine natürliche oder moralische Verbindlichkeit zu erfüllen, Zahlung geleistet habe."

Man kann die Sache auch so ausdrücken: Das Stillschweigen nach Empfang der Zahlungsaufforderung während 14 Tagen begründet die gesetzliche Fiktion der Anerkennung der

Schuld. Diese Fiktion wird auch in den allermeisten Fällen mit der Wirklichkeit übereinstimmen; denn, wie Keller zur Rechtfertigung dieser eigenthümlichen schweizerischen Einrichtung zu sagen pflegte, in 99 von 100 Fällen hat die Säumniß des Schuldners ihren Grund nicht in bösem Willen, sondern im Nichtkönnen. Hat nun aber ausnahmsweise einmal der Betriebene nicht absichtlich, sondern aus Nachlässigkeit, Unwissenheit u. s. w., d. h. ohne die Absicht der Anerkennung, das Recht darzuschlagen unterlassen, so soll zwar vorläufig die Fiktion fortgelten; die Vollziehung nimmt ihren Fortgang bis und mit der Zahlung; aber vom Augenblick der Zahlung hinweg kann nun die Fiktion umgestoßen, das wahre materielle Recht zur Geltung gebracht werden. «Solve et repete», „Geld vor, Recht nach", ruft das Gesetz dem seine Interessen nicht rechtzeitig wahrenden Bürger zu. — Wir sind daher mit Mot. 12 litt. c oben ganz einverstanden, sehen aber den Zusammenhang mit litt. a und b nicht ganz ein. — Nach O.=R. 72 bleibt für den Fall freiwilliger Zahlung der Beweis des Irrthums gefordert; bei anderweitiger Bereicherung — und hiezu wird auch der Fall unseres § 442 zu rechnen sein, genügt der Nachweis des Mangels einer rechtmäßigen causa (O.=R. 70). Red.

---

**47. Staatsvertrag mit Frankreich vom 15. Juni 1869. — Derselbe läßt den Gerichtsstand der Widerklage nur zu, wenn der Gegenstand der letztern mit demjenigen der Vorklage konnex ist.**

Hofstetter (Bekl.) gegen Rosset (Kl.)

18. Juni 1881.

Motive:

1. Daß der gerichtsstandsablehnenden Einrede des E. Rosset folgende Thatsachen zu Grunde liegen:

Der Vorkläger Rosset ist Franzose und belangt den Beklagten und Widerkläger J. Hofstetter=Gloor, einen Schweizer, vor den bernischen Gerichten aus einem mit demselben abgeschlossenen

Lieferungsvertrage; die Widerklage des letztern gründet sich auf einen Anspruch den sein Rechtsvorfahr, W. Oechslin, ebenfalls Schweizer, aus einem Verdingungsvertrage an den Vorkläger Rosset zu haben behauptet;*)

2. daß somit, da es sich beiderseits um persönliche Ansprüche handelt, die Bestimmungen von Art. 1 des Vertrages zwischen der Schweiz und Frankreich über den Gerichtsstand und die Vollziehung von Urtheilen in Civilsachen vom 15. Juni 1869 zur Anwendung kommen;

3. daß die Widerklage des J. Hofstetter-Gloor sich auf § 152 P. stützt, nach welchem gegen einen Vorkläger, der keinen Wohnsitz im Kanton Bern hat, auch dann eine Widerklage angebracht werden kann, wenn dieselbe außer Zusammenhang mit der Vorklage steht;

4. daß in dem erwähnten Vertrage mit Frankreich von den Widerklagen nicht speziell die Rede ist, und daher die Frage entsteht, ob neben demselben die Bestimmungen des § 152 P. noch zu Recht bestehen können;

5. daß diese Frage zu verneinen ist, indem nach bundesrechtlicher Praxis zur Anbringung einer Widerklage in derartigen Fällen materielle Connexität derselben mit der Vorklage unerläßliches Erforderniß ist (vgl. das vom erstinstanzlichen Richter citirte Erkenntniß in Sachen Dériveau ca. Métral aus dem Jahr 1878**).

---

*) Oechslin war Reisender des kläger'schen Handlungshauses in Paris gewesen und hatte eine angebliche Gehaltsforderung von Fr. 800 an Hofstetter abgetreten, der seinerseits von Rosset Waaren für mehrere tausend Franken bezogen hatte.

**) B.-G. A. S., Bd. 4, S. 263. — Die Motivirung dieses b. ger. Urtheils läßt nicht mit Bestimmtheit erkennen, daß das Vorhandensein der Konnexität absolutes Erforderniß der Zulässigkeit der Widerklage gegen einen Franzosen sei; der Schluß scheint vielmehr dahin zu deuten, daß der Franzose in solchem Falle nur Gleichbehandlung mit Schweizern verlangen könne: „Ce dernier (heißt es vom Rekurrenten) a été traité de tout point comme l'eût été un citoyen suisse dans une situation identique: il est donc mal venu à arguer d'une violation à son préjudice des dispositions de la convention internationale qu'il invoque." In einem ähnlichen Falle sprach sich der Bundesrath (26. Nov. 1870) folgendermaßen aus: „Indem die freiburgischen Gerichte, gestützt auf die Verträge, welche Gleichstellung der Schweizer und Franzosen verlangen, das nämliche Gesetz angewendet haben, wie gegen einen im Kanton wohnhaften Kläger, begingen sie keine Verletzung von eidg. Vorschriften oder Staatsverträgen (Ztschr. für schweiz. Gesetzgeb. u. Rechtspfl., Bd. 5, Heft 3, S. 285). Auch in den übrigen bisher bekannt gewordenen Entscheidungen des B.-R. (l. c. S. 288, 291, und Ullmer, passim.) ist über unsere speziell bernische Ausdehnung der Widerklage und ihre Zu-

**48. Lebensversicherung. — Der Anspruch auf die Police und aus derselben steht im Falle des Geltstags des Versicherten nicht den Gläubigern, sondern der Familie desselben zu, wenn die Versorgung der Angehörigen Zweck der Versicherung war.**

Ida Hofstetter gegen Geltstagsmasse Hofstetter.

23. Juni 1881.

Vrgl. Ztschr. II, 260, 276, 279 ff., 325 ff. (insbes. 328); VI, 231—242; IX, 119, 212—216; XI, 297—333; XV, 579 ff.

*) Als Jos. Hofstetter von Schänis, Kt. St. Gallen, Adjunkt des eidgen. Kursbureau in Bern, unterm 24. Januar 1879 vom Richteramt Bern in Geltstag erkannt wurde, machte dessen Ehefrau Ida, geb. Schlinke, eine Eingabe für die Hälfte ihres Weiberguts, welche auf Fr. 23,300 beziffert wurde. Hiebei zeigte sie gleichzeitig der Geltstagsbehörde an, daß ihr Ehemann ihr folgende Lebensversicherungspolicen abgetreten habe:

1. Lebensversicherungspolice auf die Londoner Union-Assecuranz-Societät Nr. 12,366, vom 27. Januar 1862, im Belaufe von 350 L. St. (Fr. 8750);

2. d° auf die schweiz. Rentenanstalt, Nr. D, 10,843, vom 19. Januar 1871, im Belaufe von Fr. 5000;

3. d° auf Gleiche, Nr. D, 11,938, vom 10. Juli 1872, im nämlichen Betrage;

4. d° auf die Basler Versicherungsgesellschaft, Nr. 22,099, vom 5. Dez. 1873, im Belaufe von Fr. 7000.

5. sei ihr mit Beistimmung ihres Ehemannes vom Versicherten, Joh. Aeschbach, abgetreten worden eine auf dessen Leben abgeschlossene Versicherungspolice der grhzgl. Bad. Versorgungsanstalt (letztere kommt hier nicht weiter in Betracht und bildete den Gegenstand eines andern Prozesses, vgl. Zeitschr. XVII, 279). Dagegen

---

läſſigkeit in interkantonalen und internationalen Verhältnissen nicht entschieden. Der Punkt hätte daher zu etwas eingehenderer Erörterung Anlaß geboten. Allerdings ist die Ansicht wohl kaum zu widerlegen, daß wegen Art. 59 B.-V. der Art. 152 P. nicht mehr haltbar sei gegenüber Schweizerbürgern. Vgl. Roguin, l'art. 59 etc. Mém. cour., Laus. 1880, und neustens Alb. Schoch (Obergerichtssekretär in Zürich), Art. 59 der schweiz. B.-V., Zürich 1882 (Inaug.-Diss.).

*) Wir entnehmen den Thatbestand den uns von Hrn. Fürsprech Müller gef. mitgetheilten Akten. Red.

fand sich später noch eine Police des Vereins der eidg. Beamten und Bediensteten, auf die Summe von Fr. 3000 lautend, vor.

Alle diese Policen erklärte Frau H. als ihr Eigenthum und verweigerte deren Herausgabe an die Masse. — Bevor noch in Sachen etwas Weiteres vorgekehrt worden, verstarb am 22. April 1879 Josef H. und dessen Wittwe schlug die Erbschaft aus. Die Gläubiger beschlossen nunmehr, es seien die fraglichen fällig gewordenen Versicherungssummen zur Masse zu ziehen und stellten am 29. Januar 1880 folgende Begehren an's Richteramt Bern:

1. Die Beklagte sei schuldig anzuerkennen, folgende auf Jos. H. lautende Lebensversicherungspolicen seien zur Zeit der Erkennung des Geltstages desselben sein Eigenthum gewesen und gehören zur Geltstagsmasse, nämlich a—e (vide 1—5 oben);

2. die Beklagte sei demnach schuldig, diese Policen dem Massaverwalter im Geltstage des Jos. H. zu Handen der Geltstagsmasse des letztern auszuhändigen;

3. die Beklagte sei auch schuldig, zuzugeben, daß die Summen, für welche ihr Ehemann zufolge der angeführten Policen versichert war, durch den Massaverwalter zu Handen der Masse erhoben werden;

4. Schadenersatz wegen Säumniß —
eventuell:

5. die Bekl. sei wenigstens schuldig, der Geltstagsmasse des Jos. H. diejenige Summe zurückzuerstatten, welche H. zufolge der angeführten Lebensversicherungsverträge den respektiven Gesellschaften als Prämien ausbezahlt hat.

Am 18. März 1880 erfolgte die Antwort (24 Folioseiten Protokoll), laut welcher die Beklagte für den Fall der Abweisung der Klage sich bereit erklärte, die vom Geltstager s. Z. bezahlten Prämien — zusammen ca. Fr. 7,200 — der Klägerschaft zu restituiren, im Uebrigen aber auf Abweisung der Klagbegehren antrug und mittelst Widerklage ihr eigenes Recht zum Bezug der Versicherungssumme und eventuell Ersatz der von ihr seit der Zahlungsunfähigkeit ihres Ehemannes, Ende 1878 und Anfang 1879 bezahlten Prämien geltend machte.

Aus ihren Anbringen und dem erstinstanzlichen Urtheil ergibt sich in Betreff des Wortlauts der Policen Folgendes:

a) Diejenige der Londoner Union enthielt die Bestimmung, daß die Versicherungssumme nach dem Absterben des Hrn. H. an die Berechtigten oder richtiger, wie der Thatbestand des erstinstanzlichen Urtheils sagt: „den Exekutoren, Administratoren oder Kuratoren" (vgl. hiezu die Mittheilungen aus den Statuten der Union, Zeitschr. IX, S. 213 und der

Policen ib. S. 215) ausbezahlt werden solle; doch war in derselben Bezug genommen auf eine vorher von ihm unterzeichnete Deklaration, in welcher als Zweck der Versicherung „Familienversorgung“ angegeben war. Am 9. Aug. 1878 hatte dann H. eine „Erklärung“ ausgestellt, laut welcher die fragl. Police nach seinem Ableben der Frau Ida H. geb. Sch. ganz ausbezahlt werden solle, und an seine Tochter Olga H. mit allen ihren Rechten und Pflichten übergehen solle, wenn Frau H.-Sch. vor ihr sterben sollte.

b. Die Policen der schweiz. Rentenanstalt lauten auf den Inhaber, ebenso diejenigen der Basler Lebensversicherungsgesellschaft; dagegen hatte H. jeweilen den Agenten der betr. Gesellschaften die Unterstützung seiner Familie als Zweck der Versicherung angegeben, wie durch Abhören der Agenten als Zeugen und deren Berichte konstatirt wurde. Auch hatte H. unterm 1. resp. 6. Dezember 1877 Erklärungen ähnlicher Art wie die obstehende zu Gunsten seiner Frau und Tochter auf die Policen gesetzt, resp. setzen lassen, und dieselben den betheiligten Versicherungsanstalten zur Kenntniß gebracht.

c. Die Versicherungspolice des Versicherungsvereins der eidg. Beamten und Bediensteten enthielt in Art. 1 der Bedingungen als Zweck-Angabe: „die Ausrichtung fixer Versicherungssummen an die Hinterlassenen verstorbener Mitglieder.“

In den Statuten der schweiz. Rentenanstalt ist gesagt:

§ 19. Der Inhaber der Police gilt als redlicher Besitzer, die Rentenanstalt zahlt rechtsgültig an ihn, und sie zahlt in der Regel nur an den Inhaber.

§ 24 Nach dem Tode des Versicherten wird die im Todesversicherungsvertrag bestimmte Summe an seine Erben, resp. an den Inhaber der Police bezahlt.

Und diejenigen der Bâloise enthalten folgende Bestimmung:

§ 14. Ist in der Police eine bestimmte Person als empfangsberechtigt namhaft gemacht, so zahlt die Gesellschaft nur an diese.

Im Weitern ergab sich aus den beidseitigen Parteibehauptungen und der Beweisführung,

daß die Eheleute H. im Jahr 1878 im Ehescheidungsprozesse gestanden und dem Amtsgerichte eine Convention vorgelegt hatten, laut welcher der Ehemann der Ehefrau „zur theilweisen Deckung ihres eingekehrten Vermögens“ die fragl. Policen „mit allen Rechten und Pflichten eigenthümlich“ abtreten sollte, gegen Verzicht auf die Weibergutsansprache derselben; — die Scheidung selbst unterblieb;

daß H. schon bei seiner Verheirathung (1865) sehr verschuldet war, im Lauf der Ehe ein Accommodement abgeschlossen hatte, auch seither vielfach betrieben und in stetem „Kampf mit dem Geltstag" gewesen sei, und der Schuldenüberschuß im Geltstag Fr. 120,000 betrug;

daß die Policen z. Th. an die Mutter der Beklagten für Vorschüsse verpfändet waren, welche dieselbe behufs „Speisung" derselben in der letzten Zeit geleistet hatte.

Der Gerichtspräsident von Bern als Richter erster Instanz erkannte unterm 25. Nov. 1880 in Sachen wie folgt:

1. Der Masse Hofstetter werden die Rechtsbegehren, den Streitfragen sub Ziff. 1, 2 und 3 entsprechend, zugesprochen.

2. Ebenso wird derselben ihr sub Ziff. 4 gestelltes Rechtsbegehren grundsätzlich zugesprochen.

3. Die Beklagte wird mit ihrer Widerklage, soweit noch streitig, abgewiesen.

Aus der Begründung heben wir folgende Stellen hervor:

„Frau H. macht geltend, die Versicherungspolicen gehören ihr, in Gemäßheit der von Hrn. H. getroffenen Verfügungen und abgegebenen Erklärungen, aber auch schon nach der Natur der in Frage stehenden Lebensversicherungsverträge. Die letztere Behauptung darf nicht zugegeben werden. Entscheidend für die Frage ist es, ob die Police zu Gunsten einer bestimmten Person lautet, an welche die Auszahlung erfolgen soll; bejahenden Falls sind Ansprüche der Gläubiger ausgeschlossen; ist eine bestimmte Person aber nicht bezeichnet, so fällt der Versicherungsbetrag n die Masse ....."

In Bezug auf die Verfügungen und Erklärungen des H. wurde dann gesagt:

„Alle diese Verhandlungen geschahen zu einer Zeit, in welcher H. nach dem Zeugniß des Hrn. Amtsgerichtsschreibers R. und demjenigen des Unterweibels H. unter seinen Sachen stand .... Durch diese Erklärungen und Nachträge, welche offenbar in fraudem creditorum vorgenommen wurden, kann daher die rechtliche Stellung der Klägerin nicht verbessert werden."

Die Beklagte ergriff gegen dieses Urtheil die Appellation, und die obere Instanz entsprach ihren Anträgen, so daß die mittlerweile bei einer Sparkasse eingelegten Versicherungssummen, nach Abzug aller vom Verstorbenen geleisteten Prämienbeträge, an die Beklagte ausgerichtet werden mußten.

## Motive:

1. Daß die Geltstagsmasse des Jos. Hofstetter Anspruch auf die fünf Versicherungspolicen macht, welche dieser mit der Londoner Union Assekuranz, mit der schweiz. Rentenanstalt, der Basler Ver-

sicherungsanstalt und dem Verein der eidgen. Beamten und Bediensteten abgeschlossen hatte, und verlangt, daß ihr, der Geltstagsmasse, und nicht der Bekl. Wittwe Hofstetter, die Versicherungssummen ausbezahlt werden;

2. daß am 24. Januar 1879 vom Richteramt Bern der Geltstag gegen Jos. H. erkannt wurde und dieser letztere am 22. April gl. J. gestorben ist;

3. daß hierauf dessen Wittwe Ida H. für sich und ihr Kind die Erbschaft ihres Mannes ausgeschlagen hat;

4. daß sich aus den genannten Versicherungsverträgen und namentlich aus den dabei erfolgten Deklarationen die Absicht des Jos. H., die Versicherungssummen seiner Familie — Frau und Kinder — zuzuwenden, unzweideutig ergibt, indem:

a) Jos. H. bei Abschluß des Versicherungsvertrages mit der Londoner Union als Zweck der Versicherung: „Familienversorgung" bezeichnete,

b) die beiden mit der schweiz. Rentenanstalt abgeschlossenen Versicherungsverträge ausdrücklich auf die Vertragseinleitung und das ärztliche Zeugniß vom 16. Januar 1871 und 21. Mai 1872 als Grundlage sich berufen, in welchen als Zweck der Versicherung die „Vorsorge für die Familie" angegeben ist,

c) in der Deklaration vom 4. Nov. 1873 zu dem mit der Basler Versicherungsgesellschaft abgeschlossenen Vertrage ausdrücklich erklärt wurde, die Versicherung werde zu Gunsten der Frau und der Kinder Hofstetter abgeschlossen,

d) endlich sowohl Statuten als Police des Vereins für eidg. Beamte als Zweck der Versicherung bezeichnen eine nach dem Absterben eines Mitgliedes näher bestimmte Summe seiner hinterlassenen Familie als Unterstützung auszurichten, Art. 16 der Statuten;

5. daß nun der bernische Appellations- und Kassationshof seit dem 20. Jan. 1871 wiederholt den Grundsatz ausgesprochen hat, die Lebensversicherungssumme gehöre in dem Falle nicht zum Nachlasse und zu der Vereinigungsmasse des Versichernden, wenn ein Dritter, namentlich die Familie Jenes, als Versicherter in der Police oder in der dazu gehörenden Deklaration bezeichnet werde (vgl. Judikate Hirschi ca. Hirschi*), A. B. Wyß ca. Masse Wyß

*) Ztschr. d. b. J.-V. VI, 239, und Ztschr. f. schweiz. Rt. XVIII, Rechtspfl. S. 8 ff.

vom 4. Juli 1873*), Masse Maurer ca. Elis. Maurer vom 1. März 1873**);

6. daß zwar der Versichernde***) bis zur Anrufung und Erkennung des Geltstages befugt ist, jeden, auch den zu Gunsten eines Dritten abgeschlossenen Versicherungsvertrag beliebig abzuändern, abzutreten, zu verpfänden oder aufzuheben und erlöschen zu lassen, weil die Rechte des bedachten Dritten erst durch seinen ausdrücklichen Beitritt zum Vertrag oder mit dem Tode des Versichernden zur rechtlichen Wirksamkeit gelangen (Seuffert, Arch. Bd. 23, Nr. 221);

7. daß aber die Versicherungssumme nach dem Tode des Versichernden weder auf die Erben noch auf die Vereinigungsmasse desselben, sondern direkt auf den bezeichneten Versicherten übergeht, weil

a) die Versicherungssumme nie im Vermögen des Versicherten gewesen ist und nach dessen ausdrücklich erklärtem Willen nie in sein Vermögen gelangen, sondern im vorliegenden Falle lediglich zur Versorgung der Frau und des Kindes Hoffstetter verwendet werden soll (vgl. Gutachten von Dr. Malß zum Streitgeschäft Hirschi ca. Hirschi, Mot. 5);

b) Frau Hoffstetter ihren Anspruch nicht etwa aus dem Erbrechte an dem Nachlasse ihres verstorbenen Mannes, sondern einzig und allein aus dem selbständigen, ihr im Lebensversicherungsvertrage zugesicherten Rechte herleitet;

c) die Geltstagsmasse des Jos. H. ebensowenig verpflichtet war, die rückständigen oder später verfallenden Prämien zu bezahlen, als sie berechtigt ist, die Versicherungssummen zu beziehen;

8. daß übrigens Jos. H. vor der Geltstagsanrufung — (7. November 1878) — in die Police der Londoner Union am 9. August 1878 die Erklärung aufnehmen ließ, daß die Versicherungssumme nach seinem Ableben an seine Ehefrau und bei deren Verabsterben an sein Kind Olga Hoffstetter ausbezahlt werden solle;

9. daß ähnliche Erklärungen am 1. Dez. 1877 auch in die Policen der schweiz. Rentenanstalt und am 10. Dez. 1877 in die Police der Basler Versicherungsgesellschaft aufgenommen wurden, Jos. Hoffstetter alle 5 Policen mit Ausnahme derjenigen der Basler

---

*) Ztschr. IX, 212.

**) Ib. 119.

***) Soll heißen: „Versicherungsnehmer"; denn Versichernder oder Versicherer ist die Anstalt.

Versicherungsgesellschaft, welche er seiner Schwiegermutter am 31. März 1878 verpfändete, der Beklagten, Frau H., vor der Geltstagsanrufung übergeben hatte und diese in den letzten Jahren die Prämien dafür bezahlte;

10. daß die Beklagte in ihrer Hauptvertheidigung der Geltstagsmasse das Anerbieten macht, ihr die von Jos. H. bezahlten Prämien zurückzuvergüten;

11. daß infolge dessen die Gläubiger des Jos. H. durch die fragl. Versicherungsverträge nicht geschädigt werden;

12. daß zwar laut Beweisergebniß Jos. H. seit vielen Jahren und namentlich auch bei Abschluß der Versicherungsverträge unter seinen Sachen stand;

13. daß aber dieser Umstand nicht für den Anspruch der Klägerin spricht, welche die Versicherungsverträge nicht anficht, sondern gerade daraus ihre Ansprüche herleitet (vgl. Jud. Hirschi, vom 20. Jan. 1871, Mot. 3 a.; Satz. 685 C.);

14. daß zwar der Geltstag einige Monate vor dem Absterben des Jos. H. erkannt worden ist;

15. daß aber diese Thatsache an dem durch die Versicherungsverträge begründeten Rechtsverhältniß nichts ändern kann, weil zwar auf die Geltstagsmasse (gleich wie auf die gerichtliche Bereinigungsmasse) alle übertragbaren Vermögensrechte übergehen, von einem Vermögensrecht im vorliegenden Falle zu Gunsten des Geltstagers H. oder seiner Geltstagsmasse aber schon deßhalb nicht die Rede sein kann, weil die Versicherungssummen nicht in das Vermögen des Jos. H. übergegangen sind und nie in dasselbe übergehen sollten (vgl. Mot. 7 a—c; Judikat Geltstags- und Bereinigungsmasse Maurer gegen Wittwe Elis. Maurer, geb. Stucki, vom 1. März 1873; Seuffert, Arch. Bd. 23, Nr. 221; im entgegengesetzten Sinne entschied das Obertrib. Stuttgart am 7. Mai 1879, Seuff., Arch. N. F. Bd. V, Nr. 165);

16. daß übrigens Dr. Malß in mehreren vortrefflichen Abhandlungen die eigenthümliche Natur der Lebensversicherungsverträge allseitig beleuchtet und dabei nachgewiesen hat, die causa debendi beruhe in Abweichung von den übrigen Vertragsarten bei dem Lebensversicherungsgeschäft auf einem sittlichen Interesse; dasselbe werde in der Regel, wie dies auch im vorliegenden Prozesse der Fall ist, abgeschlossen, um der Familie einen Nothpfennig zu sichern, die Gefahr ihrer gänzlichen Verarmung abzuwenden und aus Pietät den Hinterlassenen des zu früh verstorbenen Familienhauptes eine Versorgung zu verschaffen;

17. daß denn auch die Gerichtshöfe der Nachbarstaaten in neuerer Zeit von diesen und ähnlichen Gedanken geleitet, die Versicherungssummen in den meisten Fällen der Wittwe und den Kindern des Versichernden überall da zugesprochen haben, wo diese letztern in den Versicherungsverträgen — Police mit Deklaration — als Versicherte bezeichnet waren.

---

Anmerkung. Wir machen auf dieses sorgfältig motivirte, indeß — wie wir vernehmen — nicht einstimmig zu Stande gekommene Urtheil ganz besonders aufmerksam. Der erste Theil der Erwägungen (1—9) enthält im Wesentlichen eine Bestätigung der vom bern. App.-Hof seit 1871 geübten Rechtssprechung, gemäß welcher die Gläubiger des verstorbenen Versicherten nur Anspruch auf Ersatz der aus dessen Vermögen geflossenen Prämienbeträge, nicht aber auf die verfallene Versicherungssumme erheben können, sobald sich aus den Umständen ergibt, daß die Versorgung der Familie Zweck der Versicherung war, und versorgungsberechtigte Hinterlassene auch wirklich vorhanden sind. (Hiezu wurden Geschwister nicht gerechnet in einem Urth. v. 28. März 1879, Ztschr. XV, 579). Die Praxis der wichtigsten deutschen, französischen und anderer Gerichtshöfe über diese Frage ist von Prof. König dargestellt in Bd. IX, S. 297 ff., dieser Ztschr., bis zum Jahr 1875. Endemann, Hdls.-R. 3. Aufl. (1876), S. 861, Note 30, sagt: Die Frage, ob die Assekuranzsumme der zu Gunsten eines Dritten lautenden Police, die noch in den Händen des Versicherungsnehmers befindlich, Bestandtheil seines Vermögens oder Nachlasses sei, lasse sich unmöglich allgemeinhin entscheiden; es komme darauf an, ob von Anfang an der Dritte als der wahre einzige Gläubiger konstatirt sei, oder nur für den Fall, daß ihm der Versicherungsnehmer die Police begeben wird. — Theorie und Praxis in Deutschland suchen einen festen Boden für die vorliegende Frage überhaupt in der Lehre von der Wirksamkeit der Verträge zu Gunsten Dritter zu gewinnen. Solche sind nach bern. Recht jedenfalls nicht ausgeschlossen; denn wir finden im „Ueberbund" (Satz. 993 C.) einen solchen anerkannt: Der

Ueberbundsgläubiger erwirbt ohne sein Zuthun einen Anspruch an den Ueberbundsschuldner*). Ueber die Dogmengeschichte vgl. Förster, preuß. Priv.-R., 3. Aufl., Bd. I, S. 418—420. Ganz auf dem neuern Standpunkt steht O.-R., 128. — Von diesem Gesichtspunkt aus bietet es dann allerdings keine Schwierigkeit, ein selbständiges Recht des dritten Versicherten auf die fällige Versicherungssumme nach dem Tod des Versicherungsnehmers (des Promissars) zu konstruiren, und dieses Recht kann durch rechtsgültige Verfügung des Letztern auch in Bezug auf solche Policen begründet werden, welche ursprünglich den Namen einer bestimmten dritten Person nicht enthalten. So auch König l. c., S. 298. Aber das so begründete Recht des Dritten ist noch kein definitives, sondern ein bedingtes und betagtes. Der Versicherungsnehmer kann, so lange er lebt, noch anders verfügen, die Versicherung eingehen lassen, aufkünden, an die Anstalt verkaufen, an seine Gläubiger verpfänden; der Anspruch aus dem Vertrag bildet mit Einem Wort, solange er lebt, ein gewöhnliches Aktivum im Vermögen des Versicherungsnehmers, und gehört somit zum gage commun des créanciers. Dies ist die Grundlage des in Mot. 15 oben erwähnten Stuttgarter Urtheils vom 7. Mai 1879. Der Fall war dem vorliegenden darin kongruent, daß der Versicherungsnehmer bei Lebzeiten in Konkurs gefallen war, während er von demselben darin abwich, daß nicht die Ehefrau, sondern ein Sohn des Versicherungsnehmers auf die — wie hier gemäß späterer Verfügung — zu seinen Gunsten umgeschriebene Police Anspruch machte. Nur wegen Raummangels verzichten wir darauf, die treffenden Ausführungen des württ. Obertribunals hier zu reproduziren, welche uns durch die Motive 14 ff. des vorstehenden Urtheils nicht widerlegt scheinen. Auch das deutsche Reichsgericht charakterisirt (Entsch. in Civ.-Sachen I, 196, Urth. v. 25. Febr. 1880) den Anspruch der in der Police Benannten als einen bedingten, „und wenn die Bedingungen — d. h.

*) Dies wird freilich von Manchen nicht als pactum in favorem tertii eingesehen, weil dieser nicht bereichert werde.

eine Aenderung der bemerkten Art" (Aufgeben, Verwirkung der Versicherung, Uebertragung der Police, Wechsel in der Benennung des Begünstigten) „nicht eintritt, so ist ihnen sofort mit dem Tode des Versicherungsnehmers das Forderungsrecht auf die Versicherungssumme erwachsen". Ebenso die neueste Schrift über vorwürfige Frage; wir meinen die scharfsinnige Züricher Dissertation von Arthur Hoffmann: Das Recht auf die Versicherungssumme bei der Lebensversicherung zu Gunsten Dritter, Stuttgart (1880). Er kommt für den Fall des Todes des Versicherungsnehmers zu den nämlichen Ergebnissen, wie der App.- und Kassat.-Hof (S. 58), spricht aber nicht vom Fall des Konkurses.

Die Erklärungen, welche Hofstetter in casu zu Gunsten seiner Ehefrau ausstellte, konnten nun jedenfalls nicht die Wirkung haben, daß dadurch seinen Gläubigern ein Befriedigungsobjekt entzogen worden wäre; dagegen schützte dieselben Satz. 90, vgl. 93 C. (vgl. Urth. zwischen näml. Parteien, Ztschr. XVII, S. 279). — Im Moment des Geltstages konnte nicht vorausgesehen werden, ob Frau und Tochter H. den Ehemann und Vater überleben würden oder nicht; das Recht des Dritten ist in erster Linie bedingt durch das Erforderniß des Ueberlebens; der Anspruch ist nicht übertragbar auf die Erben des Dritten (Hoffmann l. c., S. 40). Mit dem Eintritt des Geltstages waren nun alle übertragbaren Vermögensrechte des Gemeinschuldners auf seine Gläubiger übergegangen (§ 563 B. V.) und die Rechte aus der Police sind unabhängig von dem Besitze derselben; denn selbst auf den Inhaber lautende L. V. Policen sind nicht reine Inhaber-, sondern sogen. Legitimationspapiere (Stobbe, D. P.-R. III, 367, vgl. 195, N. 9). Die durch den Geltstag eingetretene zwangsweise cessio bonorum muß in Bezug auf die Rechte aus dem Versicherungsvertrag gerade so wirken, wie eine freiwillige Abtretung dieser von Seiten des Versicherungsnehmers an einen Dritten, und es erscheint sonach das Leben des Geltstagers nicht mehr als zu Gunsten der ursprünglich bezeichneten Person, sondern zu Gunsten der Masse versichert. Der später eintretende Tod des Versiche-

rungsnehmers kann an dieser juristischen Sachlage nichts mehr ändern. — In casu walteten allerdings zu Gunsten der Beklagten wichtige Billigkeitsrücksichten ob, und es sprach für sie namentlich der Umstand, daß sie durch Einbezahlung der letzten Prämien das Dahinfallen der Versicherung abgewendet hatte; auch ist die Masse durch das Urtheil materiell nicht verkürzt, da Bekl. ihr alle Prämien restituirte. — Vorstehende Bemerkungen sollen auch die Frage nicht erschöpfend behandeln, sondern die Möglichkeit eines andern Standpunktes zeigen. Es wird, wie uns versichert wird, in unserer Geltstagspraxis gewöhnlich so gehalten, daß L.-V.-Policen zu Gunsten der Ehefrau und Kinder diesen gegen billige Entschädigung überlassen werden. — Aus Ztschr. f. Handelsrecht, Bd. 24, S. 581, ist endlich zu ersehen, daß der franz. Kassationshof noch unterm 7. Febr. 1877 an dem Satze festgehalten hat, daß bei einem „zu Gunsten der Kinder" abgeschlossenen L.-V.-Vertrag die Versicherungssumme nicht den Kindern zufällt, sondern die Gläubiger des Versicherungsnehmers auf dieselbe greifen können. Red.

---

**49. Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der im Vollziehungsverfahren festgesetzten Fristen findet nur in den dort vorgesehenen Fällen statt. Die Bestimmungen der Civilprozeßordnung sind nicht darauf anwendbar.**

Verdan (Kl.) gegen Colomb u. Komp.

24. Juni 1881.

Vgl. Ztschr. IX 195, XIII 196.

Der bevogtete K. Verdan in Biel besaß eine Kapitalforderung an Friedr. Steiner laut Kaufbeile, mit hypothekarischer Verschreibung verschiedener Grundstücke, von denen eines ohne Ueberbindung der Schuld im Jahre 1876 dem L. Lanfranchi veräußert wurde. Dieser fiel in Geltstag, und der Vogt des Gläubigers unterließ hier das Pfandrecht seiner Pupillen geltend zu machen, weil er von der Amtsgerichtsschreiberei einen Avisbrief nicht erhalten hatte. Im Jahr 1880 trat der spätere Vogt mit einem

Begehren um Wiedereinsetzung gegen die befriedigten Geltstags-gläubiger auf und verlangte vorgängig „Wiedereinsetzung gegen die Unterlassung das fragl. Begehren gerichtlich geltend zu machen". Als Gründe wurden angeführt: Krankheit und Abwesenheit des frühern Vogts, sowie dessen verschuldete Unkenntniß in Betreff des Geltstags Lanfranchi. Diese unter Art. 15, 16, 18 behaupteten Entschuldigungsthatsachen wurden gegner'scherseits verneint und gegen den dazu angerufenen Selbsteid des kläger'schen Vogts eine Beweiseinrede erhoben.

Erst- und oberinstanzlich wurden die kläger'schen Restitutions-begehren abgewiesen. Das Urtheil des App.- und Kass.-Hofes stützt sich auf folgende

Motive:

1. Daß es sich in der Hauptsache um ein Wiedereinsetzungs-begehren gegen die Unterlassung der Eingabe einer Pfandforderung in einem Geltstag handelt;

2. daß der Geltstag gegen Lanfranchi am 5. Juni 1877 erkannt wurde, und daß die Eingabsfrist mit dem 11. August 1877 abgelaufen ist;

3. daß gegen die Unterlassung der Eingabe Seitens des Verdan innert Jahresfrist die Wiedereinsetzung gemäß **§§ 526, 528 V. V.** nicht verlangt wurde;

4. daß daher die Frage entsteht, ob gegen die Versäumniß der in **§§ 526 und 579 V. V.** vorgesehenen einjährigen Frist neuerdings eine Wiedereinsetzung zulässig sei;

5. daß diese Frage deßwegen zu verneinen ist, weil die im Vollziehungsverfahren vorgesehenen Fristen *spezieller Natur* sind, und daher gegen eine Versäumniß derselben nicht eine Restitution möglich ist, wie sie der § 98 P. gegen Säumniß im *civil-prozessualischen Verfahren* vorsieht;

6. daß nämlich im Vollziehungsverfahren durch die Unter-lassung einer Partei, während der bestimmten Frist gewisse Hand-lungen vorzunehmen, dritten Personen *materielle* Rechte er-wachsen, wie z. B. durch die Unterlassung eine fruchtbare Anwei-sung innert Jahresfrist auszuschlagen, und somit die Sicherheit der Rechtsverhältnisse bedenklich gefährdet wäre, wenn die Letztern immer wieder durch Restitutionsbegehren auch nach Ablauf der gesetzlichen Nothfristen in Frage gestellt werden könnten;

7. daß der Gesetzgeber eben dieser Gefahr durch Aufstellung peremptorischer Fristen im Vollziehungsverfahren offenbar vorzu-beugen wollte, und daß demgemäß die Unterlassung des Gläu-bigers innert Jahresfrist die Wiedereinsetzung gegen die Unter-

lassung der Eingabe in die Liquidation des Schuldners anzubegehren, als ein definitiver Verzicht auf die Geltendmachung seiner Forderung im Liquidationsverfahren zu betrachten ist (§ 578 P. V.);

8. daß unter diesen Umständen die Art. 15, 16 und 18, soweit bestritten, als unerheblich erscheinen, und deßhalb nicht zum Beweise zuzulassen sind, womit auch die erhobene Beweiseinrede dahinfällt.

**50. Bürgschaftsvertrag. — Die bloße Unterzeichnung eines Pachtvertrages begründet keine Bürgschaftsverpflichtung.**

Massaverwaltung im Geltstag des R. Christen gegen J. Jau.

30. Juni 1881.

In einem zwischen Frau Sch. als Verpächterin und Jakob Jegerlehner als Pächter abgeschlossenen Pachtvertrage war gesagt, der Pächter habe genügende Bürgschaft zu leisten, und es war hievon die Gültigkeit des Pachtvertrages abhängig gemacht. — Unter der Unterschrift des Notars, welcher den Pachtvertrag abgefaßt hatte, standen unmittelbar diejenigen des „Rudolf Christen, Müller in Thörigen" und des „Johann Jau in Kappelen bei Wynigen." Ersterer bezahlte in Folge Geltstags des Pächters einen Pachtzins an die Verpächterin und es forderte hierauf dessen Geltstagsmasse, nachdem er ebenfalls dem Konkurs verfallen war, die Hälfte des fragl. Betrages von dem angeblichen Mitbürgen Jau heraus. Dieser bestritt die Existenz einer Bürgschaft wegen Mangels schriftlicher Abfassung. Der App.- und Kass.-Hof wies denn auch die Klage ab.

Motive:

1. Daß es sich im vorliegenden Falle lediglich fragt, ob in der Unterschrift des Beklagten Johann Jau, unter dem zwischen Maria Schenk und Jakob Jegerlehner am 29. April 1876 abgeschlossenen Pachtvertrage eine gültige Bürgschaftsverpflichtung von seiner Seite gefunden werden kann;

2. daß eine Bürgschaft für einen L. 100 a. W. übersteigenden Betrag unter Folge der Ungültigkeit schriftlich eingegangen werden muß (Satz. 919 C.) und daß daher im Weitern zu prüfen ist, ob eine schriftliche Bürgschaftsverpflichtung des Beklagten vorhanden ist oder nicht, ohne daß die Absicht, sich als Bürge ver-

pflichten zu wollen, irgend wie in Betracht gezogen werden dürfte, wenn ein Mangel der schriftlichen Form anzunehmen wäre;

3. daß nach **Satz. 687 u. 688 C.** zur Schriftlichkeit nicht nur die Unterschrift der Parteien gehört, sondern daß auch die Urkunde, welche Grund und Umfang der Verpflichtung angibt, einen wesentlichen Bestandtheil bei der schriftlichen Abfassung eines Vertrages bildet;

4. daß in dem angeführten Pachtvertrage vom 29. April 1876 ausschließlich nur die Rechte und Verpflichtungen der Parteien (Verpächter einer= und Pächter andererseits) in keiner Weise dagegen eine Verpflichtung der Bürgen, verurkundet ist, und es somit an einem wesentlichen Erfordernisse der die Gültigkeit des Bürgschaftsvertrages bedingenden Schriftlichkeit, nämlich an einer die Verpflichtung des Bürgen normirenden Urkunde mangelt.

### 51. Anfechtung des ehelichen Standes eines während der Ehe geborenen Kindes durch den gewesenen Ehemann. — Kumulation der Klage mit der Ehescheidungsklage. — Das fragl. Kind muß durch einen außerordentlichen Beistand vertreten sein.

Büttikofer gegen Büttikofer.

1. Juli 1881.

Joh. B. von Kernenried und Elise B. traten am 7. Mai 1875 in die Ehe. Im Jahr 1876 wurde der gemeinsame Haushalt aufgelöst. Im März 1878 begab sich der Ehemaun nach Leyden in ein Anstellungsverhältniß und später nach Afrika, während die Ehefrau sich in der Schweiz in verschiedenen Dienstverhältnissen befand. Im Mai 1880 erklärte sie sich vor dem Gerichtspräsidenten von Altorf schwanger von Adolf G., Metzger, von Aarau, und am 11. Sept. 1880 gebar sie einen Knaben, der unter dem Namen Adolf in die Zivilstandsregister von Luzern eingetragen wurde. Hierauf erhob der Ehemann eine Scheidungsklage vor dem Amtsgericht Burgdorf, gestützt auf den Ehebruch der Frau. Die Parteien schlossen hinsichtlich der Folgen der Scheidung eine Konvention. Unter Ziff. 4 der Klagbegehren beantragte B., daß das Kind Adolf der Beklagten als unehelich zugesprochen werde, da es ihm seit dem Frühling 1878 wegen ununterbrochener Abwesenheit physisch unmöglich gewesen sei, ihr beizuwohnen. Die Ehefrau bestritt dieses Begehren und die Zulänglichkeit der Be-

gründung desselben nach Satz. 144 C. — Das Amtsgericht sprach die Ehescheidung aus, erkannte aber in Betreff des 4. Klagbegehrens: „Es wird heute auf dasselbe nicht eingetreten, und es wird diese Statusfrage in das dafür vorgeschriebene besondere Verfahren gewiesen.“ Hierüber appellirte der Kläger, und der App.- und Kass.-Hof bestätigte die Entscheidung der ersten Instanz in folgender Form:

„Auf das 4. Klagebegehren, dahingehend, das von der Ehefrau Elise, geb. B., am 11. Sept. 1880 geborene Kind, dem der Name Adolf beigelegt worden, sei der Mutter als unehelich zuzusprechen, wird von Amtes wegen nicht eingetreten.“

## Motive:

1. Daß gegen das Urtheil des Amtsgerichtes Burgdorf vom 2. Februar 1881 nur in Betreff der Anfechtungsklage appellirt worden und somit heute nur bezüglich des vierten Klagbegehrens des Joh. Büttikofer eine Entscheidung zu treffen ist;

2. daß der Kläger verlangt, es solle das von seiner gewesenen Ehefrau Elise, geb. Beck, am 11. September 1880 geborene Kind, Namens Adolf, der Mutter als unehelich zugesprochen werden (**Satz. 144 C.**);

3. daß durch die Anfechtung des ehelichen Standes eines Kindes demselben wohlerworbene Rechte entzogen werden sollen;

4. daß das in § 54 P. normirte Interventionsrecht des Staates in derartigen Streitigkeiten lediglich die Wahrung des öffentlichen Interesses bezweckt und keineswegs die Vertretung der Interessen einer Prozeßpartei zur Aufgabe hat und zudem im vorliegenden Falle die Staatsanwaltschaft sich der Anfechtungsklage angeschlossen hat*);

5. daß demgemäß die Vertretung des Kindes Adolf Büttikofer, dessen ehelicher Stand angefochten wird, durch einen außerordentlichen Beistand (**Satz. 233 und 325 C.**) unumgänglich nothwendig ist, weil nur auf diesem Wege dafür gesorgt werden kann, daß die wohlerworbenen Rechte des Kindes geschützt werden.

---

*) Hievon erwähnt der Thatbestand des Urtheils nichts. Das Kind scheint gar nicht in's Recht gefaßt worden zu sein, und war somit nicht Prozeßpartei. Ebendeßhalb hätte u. E. das 4. Rechtsbegehren einfach abgewiesen werden können, wegen mangelnder Passivlegitimation der beklagten Mutter.

9. daß in dieser Beziehung die Gebräuche und Sitten der betreffenden Ortschaft in Berücksichtigung fallen, weil vorauszusetzen ist, es würde sich unter gleichen Umständen denselben Niemand entschlagen;

10. daß das Bestehen einer solchen allgemeinen Uebung in Jegenstorf durch eine Mehrzahl von Zeugen nachgewiesen wurde;

11. daß, wenn die Beklagte auf die in neuerer Zeit gegen das mit den sog. „Gräbten" getriebene Unwesen sich mehr und mehr geltend machende Opposition und auf ein regierungsräthliches Verbot der Admittirung solcher Kosten in Vogtsrechnungen hinweist, damit die betreffende Uebung, soweit sich solche in anständigen Schranken hält und durch die lokalen Verhältnisse, namentlich entfernt wohnenden Theilnehmern am Leichenbegängniß gegenüber, geboten ist, noch nicht alle und jede Existenzberechtigung verloren hat*);

12. daß in casu wirklich eine Ueberschreitung des üblichen Aufwandes Platz gegriffen zu haben scheint und daher eine Reduktion des Klagsanspruches im Sinne des eventuell gestellten dritten Rechtsbegehrens auf die in dem 3. Dispositiv hiernach erwähnte Summe, den Umständen angemessen ist;

13. daß dagegen von einer Regreßklage und demgemäß von einer Verpflichtung zum Ersatze der Kosten eines vorausgegangenen Rechtsstreites zwischen Rudolf König, Wirth in Jegenstorf und dem gegenwärtigen Kläger nicht die Rede sein kann, weil das Rechtsverhältniß, das jenem Prozesse zu Grunde lag, ausschließlich zwischen den betreffenden Parteien begründet wurde, zu welchen denn auch die heutige Beklagte in keinem direkten rechtlichen Verbande dergestalt gestanden ist, daß sie für den Fall des ungünstigen Ausgangs eines Streites darüber, zu einer Gewährleistung oder Schadloshaltung deßhalb verpflichtet gewesen wäre (§ 31, P.).

---

*) In älterer Zeit war bekanntlich die Regierung den Leichenmählern äußerst feind, vgl. Chorgerichtssatzung v. 1743: „Ebenmäßig sollen auch abgestreckt seyn die unnothwendigen, christlichen ehrbaren Gemüthern übelanständigen Gräbnuß-Mähler, solche weder in eigenen noch offenen Häuseren zu halten: Alles bey zehen Pfund Buß. Doch was die belanget, so die Leich zum Grab fertigen und zur Erden bestatten, denen mögen deß abgestorbenen Verwandten, für ihre Müh und Arbeit Zehrung eines Mahls: Deßgleichen außeren Freunden und Verwandten ein Mahl in Bescheidenheit werden lassen."



**53. Zeugenbeweis. — Der Handlungsreisende, welcher als Vertreter seines Prinzipals bei einer Waarenbestellung verhandelt hat, ist diesem gegenüber ein verwerflicher Zeuge im Rechtsstreit über die Gültigkeit dieser Bestellung.**

Baumann (Bekl.) gegen Vieille (Kl.).

9. Juli 1881.

Vgl. Ztschr. V, 64; XII, 194 (an letzterer Stelle ist zu lesen „verwerflich" statt „verdächtig").

Motive:

1. Daß in dem zwischen Parteien obwaltenden Rechtsstreite aus einem Weinlieferungsgeschäfte die Gültigkeit einer angeblich am 3. Dezember 1878 erfolgten Bestellung einer Piece Wein in Frage kommt;

2. daß der Kläger zu Art. 10, welcher von der erwähnten Bestellung spricht, sowie zu Art. 11, worin einer spätern Verhandlung in Betreff der nämlichen Piece Wein Erwähnung geschieht, seinen Handelsreisenden Lüscher als Zeugen anruft und daß der Beklagte, soweit es die genannten Artikel betrifft, die Verwerfung desselben beantragt, weil er am Ausgange des Streites ein unmittelbares Interesse habe;

3. daß, wenn auch ein unmittelbares pekuniäres Interesse des Zeugen Lüscher am Ausgange des Prozesses nicht nachgewiesen ist, derselbe doch als Reisender des Klägers ein anderweitiges gleich erhebliches unmittelbares Interesse an diesem Ausgange hat, insofern er das Vertrauen seines Prinzipals sich nur dadurch erhalten kann, daß er durch seine Aussagen als Zeuge das Zustandekommen einer gültigen Bestellung mit dem Beklagten bestätigt (vgl. die Entscheidungen in Sachen Hänggi ca. Grunder vom 10. Oktober 1868 und Dinkelspiel ca. Scheidegger vom 3. Februar 1876);

4. daß daher die Voraussetzungen des § 233, 1 P. im vorliegenden Falle zutreffen.

## 54. Lebensversicherung. Dahinfallen des Vertrages wegen versäumter Prämienzahlung. — Statutenbestimmungen als lex contractus.

Masse Hofstetter (Kl.) gegen Allg. Versorgungsanstalt im Grhzgth. Baden (Bekl.).

14 Juli 1881.

Vgl. Ztschr. Bd. XVI, S. 481.

In einer Lebensversicherungspolice war auf die Statuten der Versicherungsanstalt als Grundlage des Vertrags hingewiesen und erklärt, daß „dem Versichernden ein Abdruck der für beide Theile maßgebenden Statuten der Anstalt behändigt worden" sei. Diese Statuten enthielten nun (in §§ 341, 361 und 362) Bestimmungen, wonach „die Prämienzahlungen auf die in der Vertragsurkunde bezeichneten Termine bezahlt werden müssen — der Verpflichtete auf besondere Zahlungsaufforderung keinen Anspruch habe, es auch keine Entschuldigung begründe, wenn der Agent in andern Fällen habe Aufforderungen ergehen oder die Prämien bei den Versicherten habe abholen lassen;" — und „die Versicherungsverträge erlöschen, wenn die Prämien nicht innerhalb von 30 Tagen, vom Verfalltage an gerechnet, bezahlt seien;" diese Folge könne dadurch abgewendet werden, daß innerhalb von 3 Monaten nach dem Verfalltage die rückständige Prämie nachbezahlt werde, „vorausgesetzt, daß der Versicherte nicht gestorben und nach dem Ermessen des Verwaltungsrathes genügend nachgewiesen sei, daß derselbe im Augenblicke der Bezahlung der Prämie sich in guter Gesundheit befinde." — Die Versicherung war abgeschlossen auf den Namen und das Leben eines Joh. Aeschbach; als dritter Berechtigter war jedoch bezeichnet Jos. Hofstetter-Schlinke. Die Versicherungssumme betrug Fr. 10,000 und die jährliche Prämie mit Fr. 413. 50 war zahlbar gestellt auf 21. Juni und 21. Dezember jedes Jahres. (Es ist die im Urth. vom 23. Juli 1880, Bd. 17, S. 279 dieser Ztschr. erwähnte Police.) Frau H.-Sch., auf deren Namen als Berechtigte die Police im Jahr 1878 umgeschrieben worden, bezahlte die Prämien regelmäßig, bis zu derjenigen vom 21. Dez. 1879 (auf den bezüglichen Quittungen scheinen obige Bestimmungen im Wesentlichen reproduzirt gewesen zu sein); diese wurde erst am 27. Januar 1880 dem Agenten der Versicherungsanstalt angeboten, von diesem aber deren Annahme verweigert, ebenso vom Verwaltungsrathe, der wohl über den Gesundheitszustand des

Versicherten Aeschbach ungünstige Mittheilungen erhalten hatte; letzterer verstarb in der That am 7. April 1880. Nun verweigerte die Anstalt die Ausbezahlung der Versicherungssumme an die Massaverwaltung im Hoffstetter'schen Geltstage, welche mittlerweile das Eigenthum der Police erstritten hatte (s. oberwähntes Urtheil) und nun mit einer Klage auf die Fr. 10,000 auftrat, in welcher sie die Verbindlichkeit der Statuten für Hoffstetter bestritt, der sich denselben niemals ausdrücklich unterworfen und kein Exemplar derselben erhalten habe. Auch sei eine Mahnung hinsichtlich der verfallenen Prämien üblich gewesen und erst in Bezug auf die letztverfallene unterlassen worden, offenbar mit Rücksicht auf die Gefahr des baldigen Absterbens des Versicherten. Der App.- und Kass.-Hof wies die Klage ab in der Hauptsache aus nachstehenden

Gründen:

5. Daß die Beklagte die Abweisung des klägerischen Rechtsbegehrens aus dem Grunde verlangt, weil der fragliche Versicherungsvertrag erloschen sei:

6. daß sie in dieser Hinsicht sich auf ihre Statuten, namentlich auf § 361 derselben beruft, wonach die Lebensversicherungsverträge in dem Falle erlöschen, wenn eine halbjährliche Prämie nicht innerhalb 30 Tagen – vom Verfalltage an gerechnet — bezahlt wird;

7. daß die Thatsache fest steht, daß die auf 21. Dez. 1879 fällige Prämienzahlung von Ida Hoffstetter-Schlinke erst nach Ablauf der dreißigtägigen Frist angeboten wurde; sowie, daß eine Wiederherstellung gegen diese Säumniß nach § 362 der Statuten nicht anbegehrt worden ist;

8. daß die klägerische Masse einwendet, man hätte Frau Hofstetter rechtzeitig zur Zahlung mahnen und auf die Bestimmungen des § 371 der Statuten aufmerksam machen sollen, um sich dann darauf berufen zu können, wie denn auch früher eine derartige Mahnung immer erfolgt sei;

9. daß aber der Versicherte auf eine solche Mahnung kein Recht hat und daß in den Prämienquittungen die Bestimmungen des § 361 der Statuten ausdrücklich reproduzirt sind, sowie daß in der letzten Quittung noch darauf aufmerksam gemacht wurde, daß eine allfällige Unterlassung der Mahnung keine Entschuldigung begründe;

10. daß daher, ganz abgesehen von der Frage, ob durch Zustellung der Statuten an Aeschbach letztere auch für Frau Hofstetter verbindlich wurden, dieselbe unzweifelhaft Kenntniß hatte

von den hier in Frage kommenden Bestimmungen dieser Statuten, so daß kein Verstoß gegen Treu und Glauben darin liegt, wenn dieselben ihr, resp. der klägerischen Masse, entgegengehalten werden;

4. daß aus den angerufenen Bestimmungen das Erlöschen des Lebensversicherungsvertrages vom 24. Juni 1876 in unzweideutiger Weise sich ergibt.

## 55. Eintritt eines Dritten in den Prozeß an Stelle einer bisherigen Partei. Cautio judicatum solvi.

Peter und Mith. gegen Arn.

28. Juli 1881.

Fürsprech A. hatte in dem Geltstag des Dr. E. Sch. eine Anweisung auf illiquide Aktiven erhalten und hierauf gegen die vorgängig angewiesenen Gläubiger Peter u. Gen. einen Einspruchsprozeß eingeleitet. Im Verlaufe desselben bot er den Bürgen des Geltstagers Sch. (Hofstetter-Gloor und Mith.) seine Kollokation an und trat ihnen „alle seine Rechte“ auch bezüglich des Einspruchsprozesses ab. Im folgenden Termin erklärten dieselben, an Stelle des ursprünglichen Klägers den Prozeß auf eigene Rechnung und Gefahr fortsetzen zu wollen. Die Beklagten stellten nun das Rechtsbegehren: es sei zu erkennen, sie seien nicht verpflichtet, die Herren Hofstetter-Gloor und Mith. als Stellvertreter des Einspruchsklägers anzunehmen, bevor der letztere die ihm nach § 37 P. obliegende Erklärung abgegeben, daß er dafür gutstehe, daß dem Urtheil in Haupt- und Nebensache statt gethan werde.“ — Fürsprech A. bestritt diese Verpflichtung, indem er behauptete, „H.-G. und Gen. seien nicht als Stellvertreter zu betrachten, weil sie den Prozeß kraft eigenen Rechts übernehmen.“ Er wollte nur für die bisherigen Kosten gut stehen, nicht für weitere.

Das Richteramt Biel wies die Beklagten mit ihrem Zwischengesuch ab und der App.- und Kass.-Hof bestätigte diese Entscheidung gestützt auf folgende

Motive:

1. Daß Fürspr. A. die Kollokation, für welche er den Einspruchsprozeß gegen die Beklagten angehoben, seinen Bürgen abgetreten hat, und daß demgemäß die letztern den Prozeß fortzuführen gedenken;

2. daß die Beklagten von der Annahme ausgehen, es liege hier der Fall vor, wo eine Prozeßpartei ihrem Gegner einen Dritten als Stellvertreter stellt und in Folge dessen von Fürsprech A. die in § 37 P. vorgesehene Sicherheit verlangen;

3. daß diese Rechtsanschauung eine irrige ist, indem die Bürgen nicht als Stellvertreter des ursprünglichen Einspruchsklägers Arn den Prozeß gegen die Einspruchsbeklagten aufnehmen, sondern kraft eigenen Rechts als Singularsuccessoren auftreten gestützt auf die stattgefundene Abtretung der im Streite liegenden Anweisung sammt allen damit verbundenen Rechten und Verbindlichkeiten;

4. daß somit ganz das gleiche Verhältniß vorliegt, wie wenn der Erbe als Universalsuccessor des Erblassers einen von demselben angehobenen Prozeß fortführt;

5. daß hingegen der § 37 P. grundsätzlich nur in den Fällen Anwendung zu finden hat, wo Jemand infolge Gewährspflicht die Stellvertretung eines Dritten als Prozeßpartei zu übernehmen hat (vgl. § 35 P. in Verbindung mit Satz. 709 C.), keineswegs aber auch da, wo ein Singular- oder Universalsuccessor die Führung des Rechtsstreits in eigenem Namen und kraft eigenen Rechts übernimmt *).

---

*) Diese Auslegung der §§ 35 und 37 P. scheint uns zu enge, und die Gleichstellung des Singularsuccessors resp. Cessionars einer Prozeßpartei mit dem Erben derselben unzutreffend. Wenn durch ein zufälliges Ereigniß, wie durch den Tod einer Partei ein Wechsel in der Person des Gegners eintritt, so muß sich die andere Partei dieß allerdings gefallen lassen; ein Anderes aber ist es, wenn mein Gegner durch einen freiwilligen Rechtsakt sich aus dem Prozesse ziehen und einen Dritten an seine Stelle einrücken lassen will. Regelmäßig soll eine Veräußerung des Streitgegenstandes überhaupt nicht stattfinden; ist die Partei durch besondere Verhältnisse, wie hier, dazu genöthigt, so muß der Gegner wenigstens dieselben Rechte geltend machen können, welche nach § 37 P. demjenigen zustehen, welchem ein Dritter als neue Partei gegenüber gestellt wird. So sagt der hervorragende Prozessualist v. Bar in v. Holtzendorff's Encycl., syst. Th., 3. Aufl., S. 615: „Die durch den Beginn des Prozesses von den Parteien übernommene Prozeßobligation, d. h. namentlich die Obligation, das Urtheil anzuerkennen und zu erfüllen, geht zwar auf den Universalsuccessor über“....., fügt aber sogleich bei: „Durch eine Singularsuccession in das Streitobjekt kann nach allgemeinen juristischen Grundsätzen die Prozeßobligation der ursprünglichen Parteien nicht berührt werden; indeß spricht man auch hier oft von einer Reassumtion, obwohl thatsächlich nach richtiger Ansicht nichts anderes vorliegt als eine Intervention des Successor, der den Erfolg des vom Auctor geführten Prozesses gegen sich gelten lassen muß, und als procurator in rem suam eintritt (vgl. unten)“ Und auf S. 616 wird dann gerade der in den Streit eintretende Regreßpflichtige (also unser „Vertretungspflichtige“) als solcher procurator in rem suam bezeichnet. — Die deutsche C.-P.-O., welche die Veräußerung der res liti

## 56. Bürgschaft für Verpflichtungen aus einem Bestandvertrag.

Läderach gegen Kneubühl.

29. Juli 1881.

Die Frage, „ob die Unterlassung des Bestandgebers, unmittelbar nach Verfall eines Halbjahrzinses ein Bestandverbot für denselben herauszunehmen, als eine Nachlässigkeit im Sinne der Satz. 920 C. aufzufassen sei, deren Folgen der Gläubiger selbst zu tragen habe" —

wird verneint:

„weil weder das Gesetz noch der Vertrag im konkreten Falle den Gläubiger gegenüber dem Bürgen zu einem positiven Handeln verpflichteten, und deßhalb von einer verantwortlichen Nachlässigkeit in Folge Unterlassung überall nur da die Rede sein könnte, wo entweder bereits konstituirte Sicherheits- oder rechtlich verfangene Zahlungsmittel schuldhafter Weise durch den Gläubiger fahren gelassen worden wären (vgl. Ztschr. d. bern. Jur.-Ver., Bd. 15, S. 533)."

## 57. Ueberbund bei Hypothekarforderungen. Der ursprüngliche Schuldner wird befreit durch Unterlassung gehöriger Anbietung einer fruchtbaren Anweisung aus dem Geltstag des Ueberbundschuldners.

Kinder Wahli gegen Bartlome.

29. Juli 1881.

Als Ueberbundsgläubiger einer Hypothekarforderung hatten die Kinder Wahli ihre Rechte im Geltstag des Ueberbundschuldners B. Jakob geltend gemacht und waren im vollen Betrag ihres Guthabens mit anderen Kreditoren auf den Schatzungswerth der verpfändeten, unversteigert gebliebenen Liegenschaft angewiesen worden.

---

giosa gestattet, regelt das Verhältniß des Singularsuccessors der veräußernden Partei wie folgt: „Der Rechtsnachfolger ist nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Gegners den Prozeß an Stelle des Rechtsvorgängers zu übernehmen oder eine Hauptintervention zu erheben" (§ 236). So auch das Zürcher Gesetz § 254. (Red.).

Erst nachdem den sämmtlichen betheiligten Gläubigern eine Veräußerung der Liegenschaft in dem Verfahren des Ges. v. 25. April 1854 (Zusatz zu § 589 B.-B.) gelungen war und sich ein erheblicher Minderwerth gegenüber der Grundsteuerschatzung ergeben hatte, ließen die Kinder W. die bezügliche Anweisung dem ursprünglichen Schuldner Namens Bartlome anbieten. Hierauf betrieben sie denselben für denjenigen Theil ihrer Forderung, für welchen sie ungedeckt geblieben waren. Nachdem er gegen die Zahlungsaufforderung Widerspruch erhoben, belangten sie ihn auf Schuld- und Rechtsversicherung, worauf er gemäß §§ 51 litt. b und 440 B.-B. den Einwand erhob, daß die Schuld nicht mehr bestehe, was er mittelst Urkunden zu beweisen unternahm. Er machte nämlich geltend, daß ihm gemäß § 595 B.-B. die erste Anweisung innerhalb 6 Monaten von dem Datum des Inkrafttretens des Vertheilungsentwurfes an zu zählen, hätte angeboten werden müssen, was nicht erfolgt sei. Die Kläger seien daher als für die ganze Forderung bezahlt anzusehen. — Dieser Standpunkt wurde erstinstanzlich vom Richteramt Fraubrunnen geschützt und dessen Urtheil vom App.- und Kass.-Hof bestätigt.

Die oberinstanzlichen

Motive

enthalten hierüber Folgendes:

2. Daß der ganze Entscheid lediglich von der Beantwortung der Rechtsfrage abhängt, ob die Kinder Wahli, nachdem das Gütergemeinschaftsaufhebungsverfahren vor sich gegangen, die im Geltstage des Bend. Jakob erhaltene fruchtbare Anweisung auf den Schatzungswerth des unversteigert gebliebenen Grundpfandes dem heutigen Beklagten als ursprünglichen Schuldner noch gültig anbieten konnten;

3. daß diese Frage verneint werden muß, weil eine bloß formelle Anbietung der erhaltenen fruchtbaren Anweisung innert 6 Monaten nach § 595 B.-B. selbstverständlich nicht genügt*), sondern der Gläubiger, welcher eine solche Anweisung nicht als Bezahlung annehmen will, dafür sorgen muß, daß die Anbietung derselben auch materiell möglich sei, während er sich durch jede einseitige Verfügung über den Anweisungsgegenstand, als welche im Verhältniß zu dem regreßpflichtigen Dritten auch die Theilnahme an der Aufhebung der Eigenthumsgemeinschaft angesehen

*) Worin diese „formelle“ Anbietung bestanden habe, ist aus dem Thatbestand des Urtheils nicht zu ersehen. (Red.)

werden muß, des unter die Voraussetzung der wirklich stattgefundenen Anbietung bedingten Rückgriffsrechts begiebt (vgl. Urtheil i. S. v. Grünigen gegen Rolli, vom 25. März 1881*);

4. daß somit, da im vorliegenden Falle eine Anbietung der erhaltenen fruchtbaren Anweisung an den Beklagten gar nicht stattgefunden hat, sondern die sog. Anbietungskundmachung vom 19./26. Januar 1880 lediglich eine Mittheilung des Steigerungsresultates enthält, das Rückgriffsrecht als verwirkt zu erklären ist, und demnach der Beweis für die gegen das dermalige Bestehen der Schuld erhobene Einrede in derjenigen Weise erbracht wurde, wie der Impetrat denselben in dem vorliegenden Rechts- und Schuldversicherungsverfahren angetreten hat.

## 58. Handlungsfähigkeit der mit Kindern versehenen Wittwe.

Ros. Ryffe gegen Ritter.

5. Aug. 1881.

Die Wittwe R. Ryffe geb. T., Mutter zweier minderjährigen Kinder, besaß eine vom 18. April 1877 datirte sog. Obligation im Kapitalwerthe von Fr. 1500, ausgestellt auf ihren Namen von Joh. Ritter, mit Bürgschaft von Emanuel und Adolf Ritter. Im April 1879 gab sie diese Urkunde dem erstern der Bürgen quittirt heraus und empfing dagegen ein einfaches Schuldbillet des Joh. Ritter über den nämlichen Betrag, jedoch ohne Bürgschaft. Schon im Mai forderte sie die Obligation vom Empfänger zurück und im Dezember erhob sie, da dieser sich weigerte, der Aufforderung nachzukommen, gegen ihn eine Klage mit dem Rechtsbegehren auf Zurückstellung der Obligation und Nichtigerklärung der Quittung, oder „Zurückzahlung" des Kapitals von Fr. 1500 mit Zinsen. Sie berief sich auf die Unverbindlichkeit der stattgehabten Verhandlung als unzuläßiger Kapitalveränderung, sodann auf doloses Verhalten des Beklagten, welcher sie durch unwahre Angaben zur Herausgabe veranlaßt habe; endlich „sei der Hauptschuldner insolvent".

Der Beklagte antwortete vorerst uneinläßlich, indem er sich auf Versäumung der in Satz. 1010 C. für die Rückforderung einer Quittung vorgesehenen dreißigtägigen Frist, sowie darauf berief, daß durch die neue Schuldurkunde und die deren Annahme

*) Ztschr. Bd. 16, S. 518.

begleitenden Umstände einen Vergleich im Sinne des § 146, Ziff. 3, begründeten.

Einläßlich machte derselbe dann insbesondere geltend, das Darlehn an J. Ritter habe aus Ersparnissen der Klägerin hergerührt, welche nicht zu dem den Kindern verfangenen Kapitalvermögen gehörten*); dieselbe habe auf Rechnung des Schuldbetrages vom Schuldner Waaren an Zahlungsstatt erhalten, auch habe sie durch Erklärung vor versammelter Vormundschaftsbehörde auf Verfolgung ihrer vermeintlichen Ansprüche gegen den Schuldner verzichtet, und die Vormundschaftsbehörde habe denn auch ihre Autorisation Namens der Kinder zu Anhebung des Prozesses verweigert. Die Streitsache wurde direkt vor App.- und Kass.-Hof gebracht, welcher die Klagsbegehren als begründet erklärte.

Motive:

1. Daß die Frage, ob in der Unterlassung der Klägerin Rosina Ryffe die quittirte Obligation vom 18. April 1871 innert 30 Tagen vom Beklagten zurückzufordern, gemäß Satz. 1010 C. ein Verzicht auf ihre Ansprüche an den letztern liege, mit der Hauptsache zusammenfällt, mit der Frage nämlich, ob die Klägerin überhaupt berechtigt war, eine solche Quittung auszustellen;

2. daß zwischen Parteien nicht streitig ist, daß die Klägerin eine „unabgetheilte" Wittwe mit zwei minderjährigen Kindern ist, — daß zur Herausgabe und Quittirung der Obligation keine Autorisation der Vormundschaftsbehörde vorlag, sowie daß die Fr. 1500, auf welche die Obligation lautet, aus dem Kapitalvermögen der Klägerin genommen worden seien;

3. daß nun die Frage zu prüfen ist, ob in der Herausgabe der fraglichen Obligation und in der Annahme der neuen Schuldschrift eine wesentliche Kapitalveränderung Seitens der Klägerin gefunden werden muß, welche sie ohne Einwilligung der Vormundschaftsbehörde nach Art. 6 des Gesetzes vom 27. Mai 1847 nicht gültig vornehmen konnte;

4. daß diese Frage zu bejahen ist, weil im vorliegenden Falle keine normale Verwaltungshandlung vorliegt, sondern Wittwe Ryffe dadurch, daß sie am Platze der bürgschaftlich versicherten Obligation mit einem unversicherten Titel sich zufrieden gab, sich der Gefahr des Verlustes der Forderung aussetzte, wozu sie jedenfalls ohne Autorisation nicht berechtigt war, zumal sie kein bedeutendes Ver-

*) Diese Behauptung scheint nicht bewiesen worden zu sein, ansonst die Entscheidung anders hätte ausfallen müssen; vgl. König Civ.- und C.-P.-Ges., I, 349, unten.



mögen beſitzt (vgl. Urtheil in Sachen Tſchumi ca. Tſchumi vom 6. Oktober 1876) *);

5. daß daher, da die Klägerin zu der Herausgabe der Obligation nicht befugt war, nicht weiter zu unterſuchen iſt, in welcher Weiſe die bezüglichen Verhandlungen zwiſchen Parteien vor ſich gegangen ſeien, namentlich ob die Aushändigung der Obligation an den Beklagten freiwillig erfolgte, oder aber ob die Vorausſetzungen der actio doli vorliegen;

6. daß nun, wenn die von Wittwe Ryffe ausgeſtellte Quittung von Anfang an ungültig war, eine Rückforderung derſelben innert 30 Tagen nicht als nothwendig erſcheint;

7. daß die vom Beklagten erhobenen Einwendungen ſämmtlich unſtichhaltig ſind, indem die Behauptung, die Klägerin ſei durch Waaren gedeckt worden, durch die gerichtliche Ausſage der Letztern widerlegt worden iſt, das Behalten des neuen Titels für ſie nothwendig war, um doch Etwas in Händen zu haben und endlich in den Erklärungen der Wittwe Ryffe vor dem Gemeinderathe von Bözingen und in der Verweigerung der Prozeßautoriſation keine Einwilligung der Vormundſchaftsbehörde zu den erwähnten Verhandlungen, Namens der minderjährigen Kinder Ryffe, und ebenſowenig eine nachträgliche Genehmigung erblickt werden kann.

## 59. „Obligation", mit abgekürztem Taufnamen unterzeichnet.

Reber gegen Leihkaſſe Langnau und Mith.

6. Aug. 1881.

Vgl. Ztſchr. XVII, 90, und dortige Citate.

Eine eigenhändige „Obligation" des Chriſtian Aeſchlimann war unterzeichnet „Chr. Aeſchlimann", im Uebrigen formrichtig. In der gerichtlichen Vereinigung über den Nachlaß desſelben war kein Vorrecht zuerkannt worden, weßhalb der Gläubiger Einſpruch erhob. Derſelbe wurde abgewieſen

in Betrachtung:

„Daß .... der Umſtand, daß der Unterzeichner der Schuldſchrift wirklich Chriſtian Aeſchlimann, Käſehändler in Langnau

*) Ztſchr. XII, 399, vgl. 457. (Das an letzterer Stelle beigefügte Citat, „Ztſchr. XII, 191," bezieht ſich auf die Zeitſchrift für vaterländiſches Recht.)

gewesen, aus der Urkunde selbst nicht ersichtlich ist, indem die Abkürzung „Chr." an sich nicht nothwendigerweise in „Christian" ergänzt werden muß, sondern auch „Christoph" und noch andere mit den gleichen Anfangsbuchstaben beginnende Taufnamen bedeuten kann *);

„daß somit dieser mangelhaften Namensbezeichnung in der fragl. Schuldschrift gegenüber der Beweis der Identität der Person sowie der Umstand, daß ein anderer mit „Chr." anlautender Taufname in der betreffenden Ortschaft nicht vorkommt, als durchaus unerheblich erscheinen.

## 60. Wechselfähigkeit der Ehefrau eines Geltstagers.

Rüegg & Oeler gegen Elis. Schlatter.

11. Aug. 1881.

Vgl. Ztschr. I, 365; VII, 88; IX, 313; XII, 177, 198.

Friedrich Schlatter betrieb zu Schüpbach ein Müllereigeschäft und bezog laut Faktur vom 29. Juli 1880 von der Getreidehandlung Rüegg und Oeler in Zürich ein Quantum Waizen im Werth von Fr. 1527, für welchen Betrag die Verkäufer eine per 28. September gl. J. zahlbare Tratte auf ihn entnahmen und ihn ersuchten, dieselbe mit seinem Accept versehen zurückzusenden. Am 27. August 1880 wurde aber der Geltstag über Schlatter verhängt, und auf Ansuchen desselben vom 15. Sept. gl. J. sandten R. und Oe. eine neue Faktur und Tratte auf den Namen der Ehefrau Schlatter mit Datum vom 29. Juli 1880. Frau Schlatter versah dieselbe mit ihrem Accept, verweigerte jedoch bei Verfall die Zahlung unter Deponirung der Wechselsumme gemäß § 98 W.-O. — Gegen die hierauf erhobene Wechselklage wandte sie ein, sie habe sich ohne Einwilligung der Vormundschaftsbehörde nicht gültig verpflichten können, weil sie aus der Ehe mit Schlatter zwölf minderjährige Kinder habe und das ihr zur Befriedigung für die privilegirte Hälfte ihres Zugebrachten im Jahr 1880 abgetretene Vermögen nur Fr. 4000 betrage, somit in der Eingehung der fragl. Verpflichtung eine unzulässige Belastung, resp. Verminderung desselben liege. Die Waare habe sie weder bestellt noch bezogen; auch habe nicht sie, sondern ihr Ehemann darüber verfügt. Der

*) In den Akten war außerdem auf Christin, ja sogar Chrisostomus, Charles, Chrispin (!) hingewiesen.



Gerichtspräsident von Signau wies die Klage ab; in dem bestätigenden Urtheil der obern Instanz wird gesagt:

„3. Daß die Ausstellung eines Zahlungsversprechens im Betrage von Fr. 1525 bei einem Vermögensbestande von nur Fr. 4000 zweifellos eine wesentliche Kapitalveränderung in sich schließt, indem die Erfüllung desselben ohne wesentliche Belastung oder Verminderung des Kapitalbestandes geradezu undenkbar ist;

„4. daß dem gegenüber die Kläger geltend machen, Beklagte habe den Gegenwerth für die Wechselsumme in Waaren, Lieferung von 50 Säcken Waizen, erhalten und in das von ihr auf eigene Rechnung betriebene Müllereigeschäft verwendet; — allein dieser Einwand dürfte, selbst wenn derselbe thatsächlich richtig wäre und nicht mit dem Inhalte der ursprünglichen Faktur und dem Briefe des Ehemannes Schlatter an die Kläger d. d. 15. Sept. 1880 im Widerspruche stünde, jedenfalls nur dann gehört werden, wenn nachgewiesen worden wäre, daß die güterrechtlich selbständige Beklagte mit ausdrücklicher oder stillschweigender Gestattung der Vormundschaftsbehörde den handelsmäßigen Betrieb des Müllereigeschäftes fortsetze (vgl. die durch das vorerwähnte Emanzipationsgesetz aufgehobene Satz. 310 C.)“.

## 61. Erwerb von Servituten durch Verjährung nach der Stadtsatzung von Biel.

Steiner gegen Renfer.

19. Aug. 1881.

Alex. Steiner, Metzgermeister in Biel, besitzt seit 1859 infolge Testaments des Alex. Hartmann ein Wohnhaus in der Nidaugasse zu Biel. Alex. Hartmann hatte dasselbe erworben durch Theilung im Jahr 1829 von Igfr. Marg. Stocker, deren Erwerbtitel auf das Jahr 1822 zurückgeht. Andererseits besitzt F. Renfer, ebenfalls Metzgermeister, ein an Stelle zweier ältern Gebäude um 1862 errichtetes Wohnhaus. Beide Häuser grenzen nebst mehreren andern mit der Hinterfacade an einen Hof, dessen Eigenthums- und Benutzungsverhältnisse schon im 18. Jahrhundert zu Streitigkeiten Anlaß gegeben hatten. Im Jahr 1830 schloß Alex. Hartmann, Vorbesitzer Steiners, mit Abr. Alioth, damaligem Besitzer eines dritten an fragl. Hof stoßenden Hauses einen Vertrag, laut welchem ihm gestattet wurde, „auf der Bysenseite seines Hauses gegen das Höfli hinaus einen Abtritt anzubringen, und denselben, wie auch den Schüttstein, durch ein Rohr . . . in den vorhandenen

Düngerkasten abzuleiten, überhaupt die hierzu erforderlichen Einrichtungen und Vorkehren zu treffen, indem Hr. Alioth dem Hrn. Hartmann zu diesem Endzweck den nöthigen Platz auf seinem Höfli zu allen Zeiten abtrittet und einräumt." Dieser Vertrag wurde, obschon ihm die Bestimmung einverleibt war:

„Sollte Hr. Hartmann früher oder später die gerichtliche Fertigung dieses Aktes anverlangen, oder diese sonst nöthig werden, so verpflichtet sich Hr. Alioth, zu dieser Fertigung unverzüglich Hand zu bieten und zu keinen Zeiten aus der Nichterfüllung dieses Versprechens einiges Recht herzuleiten" —

dennoch niemals zur Fertigung und Einschreibung in's Grundbuch gebracht. Da nun, wie es scheint, Renfer das Recht des Steiner auf Beibehaltung der fragl. Abtritt-Einrichtungen bestritt, so stellte letzterer mit Klage vom 14. Febr. 1879 folgendes Begehren an's Recht:

„Der Beklagte sei schuldig, den bestehenden Zustand an den Abtrittgebäulichkeiten des Klägers in seinem Hause an der Nidaugasse im Sinne des Vertrages vom 3. März 1830 anzuerkennen." Diesem, ursprünglich auch gegen Th. Nordmann, als Eigenthümer des vormals Alioth'schen Hauses gerichteten Begehren hatte sich jener ohne Weiteres unterzogen. Der Beklagte Renfer dagegen antwortete vorerst uneinläßlich; dann bestritt er namentlich das Vorhandensein der eingeklagten Dienstbarkeit wegen Mangels der Fertigung und wegen Mangels eines justus titulus zur Acquisitivverjährung, indem Alioth nicht befugt gewesen sei, auf das nicht ihm gehörige Höflein eine Dienstbarkeit zu errichten. Auch die bona fides habe dem Hartmann gefehlt, da ihm der Mangel der Verfügungsbefugniß auf Seiten des Hrn. Alioth bekannt gewesen sei. — Das sehr umfangreiche Akten- und Beweismaterial wurde dem App.- und Kass.-Hof zur direkten Beurtheilung vorgelegt, welcher die peremtorische Einrede abwies und die Klage zusprach,

in Betrachtung:

a) Betreffend die peremtorische Einrede:

Der Schluß der uneinläßlichen Antwort könnte nur in dem Falle als begründet erachtet werden, wenn der Beklagte den Nachweis geleistet hätte, daß er, abgesehen davon, ob die vom Kläger behauptete Dienstbarkeit jemals zu Recht bestanden, die Freiheit von derselben durch Verjährung erworben habe.

Nun aber ist es Thatsache, daß der Besitz der Servitut seit beiläufig 50 Jahren fortdauernd und ungestört ausgeübt wurde

und es fehlt demnach an dem Requisite des Freiheitsbesitzes Seitens des Beklagten, so daß seine peremtorische Einrede gegen das Rechtsbegehren der Klage der Begründung entbehrt.

b) Betreffend die Hauptsache:

Die Klage des Alexander Steiner qualifizirt sich als actio confessoria und es geht ihr Zweck auf Anerkennung der behaupteten Servitut gegenüber dem Beklagten, welcher dieselbe zu bestreiten ein rechtliches Interesse hat. Der Streit dreht sich um die Frage, ob derjenige Zustand in Betreff der Abtrittgebäulichkeiten des Klägers aufrecht zu erhalten sei, wie solcher durch Vertrag vom 3. März 1830 zwischen den Vorbesitzern der heutigen Litiganten*), Rathsherr Alex. Hartmann einerseits und Schreiner Abraham Alioth andererseits, hergestellt worden ist und seither stets bestanden hat.

Es ist nun allerdings richtig, daß die Eigenthumsverhältnisse der einzelnen Anstößer an dem auf der Kehrseite der Häuser der streitenden Parteien befindlichen Höflein von jeher bestritten waren, und es scheinen denn auch durch den als Beweismittel angerufenen Spruch mit Vergleich aus dem Jahre 1796 nicht sowohl die Eigenthumsrechte am besagten Höflein ausgeschieden, als die Benutzungsrechte der verschiedenen Interessenten festgestellt worden zu sein. Die Entscheidung im vorliegenden Falle hängt indeß nicht von der Lösung der Eigenthumsfrage rücksichtlich des Höfleins ab und es kann dieselbe füglich unerörtert bleiben, indem der Kläger seine Ansprüche hauptsächlich auf die Ersitzung stützt, ein Institut, welches gerade dazu bestimmt ist, allfällige Mängel des Erwerbstitels zu heben und unsichere, aber seit langem bestehende Rechtsverhältnisse unter gewissen Voraussetzungen zu consolidiren.

Steiner beruft sich in dieser Beziehung auf die Stadtsatzung von Biel vom Jahre 1614, welche mit Ausnahme der Zeit der französischen Herrschaft bis zum 31. März 1854 in Kraft verblieb, und unter deren Herrschaft somit der Vertrag vom 3. März 1830 zu Stande kam. Dieselbe handelt von der Verjährung im 7. Titel und kennt dieselbe nicht nur für liegende Güter, sondern auch für „Rechtsamen und Gerechtigkeiten." Die Erfordernisse der Verjährung, welche durch Titel 7 Satz. 7**) aufgezählt werden, sind

*) Diese Bezeichnung stimmt nicht mit dem Thatbestand. Alioth war nach diesen nicht Vorbesitzer des Renfer, sondern des Nordmann und dieser war nicht mehr Litigant.

**) Wörtlich gleichlautend mit Satz. V, Fol. 114, der Berner Stadtsatzung von 1614/15 (vgl. Leuenberger, Studien, S. 54).

die römisch-rechtlichen, nämlich: gut Gewissen (bona fides), rechtmäßiger Titel (iustus titulus) Zustellung oder Einräumung der Besitzung (possessio), eine verjährbare Sache (guth reshabilis) und endlich eine beharrliche Besitzung (tempus)*). Alle diese Voraussetzungen der Verjährung waren nun schon in der Person des Vorbesitzers des Steiner, des Rathsherrn Hartmann, vorhanden. Es handelte sich um eine verjährbare Sache, nämlich eine Servitut, deren Besitz seit länger als 10 Jahren ununterbrochen ausgeübt worden war und deren Titel in dem Vertrage vom 3. März 1830 lag. Was den guten Glauben anbetrifft, so gab sich Alioth bei dem Vertragsabschluß als Eigenthümer des Höfleins aus und nach dem Spruche von 1796 in Verbindung mit dem Kaufe von 1694 konnte Hartmann wohl keinen Zweifel an der Rechtmäßigkeit seines Titels haben.

Man stößt sich vornehmlich an dem Mangel jeglicher Fertigung der Uebereinkunft vom 3. März 1830. Es ist aber in Betracht zu ziehen, daß das Gesetz über die Einführung der Untergerichte vom 24. Dezembar 1803 für Biel nicht maßgebend war, weil es damals unter französischer Herrschaft stand. Von 1814 bis 1854 galt sodann in Biel die Stadtsatzung von 1614, nach welcher die Fertigung nicht nöthig war. Da nun nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes über Aufhebung der Statutarrechte vom 16. März 1853, wohlerworbene Rechte respektirt werden müssen, auch wenn sie nach der neuen Gesetzgebung nicht mehr erworben werden könnten, und die zehnjährige Verjährungsfrist schon lange vor dem 31. März 1854 abgelaufen war, so ist die fragliche Servitut trotz der mangelnden Fertigung in ihrem Bestande zu schützen.

Es ist zudem konstatirt, daß die in Rede stehende Gebäulichkeit fest mit dem Hause des Klägers verbunden ist und daß es für dieselbe keinen andern Abfluß gibt als durch das mehrerwähnte Höflein in den Scheußkanal. Auffallend ist auch, daß der Beklagte erst jetzt reklamirt, nachdem er selbst verschiedene bauliche Veränderungen vorgenommen hat. Um eine bloß persönliche Dienstbarkeit kann es sich nach dem Wortlaute des Vertrages — indem Abr. Alioth dem Alex. Hartmann zu diesem Endzwecke (Anbringung eines Abtrittes mit Schüttstein) den nöthigen Platz auf seinem Höflein „zu ewigen Zeiten abtretet und einräumt“ und nach der Natur der Sache in keinem Falle handeln.

*) Vgl. Manuel, Studien über die Verjährungslehre im bern. Stadtrecht, Bern 1876, S. 49 ff.

und es fehlt demnach an dem Requisite des Freiheitsbesitzes Seitens des Beklagten, so daß seine peremtorische Einrede gegen das Rechtsbegehren der Klage der Begründung entbehrt.

b) Betreffend die Hauptsache:

Die Klage des Alexander Steiner qualifizirt sich als actio confessoria und es geht ihr Zweck auf Anerkennung der behaupteten Servitut gegenüber dem Beklagten, welcher dieselbe zu bestreiten ein rechtliches Interesse hat. Der Streit dreht sich um die Frage, ob derjenige Zustand in Betreff der Abtrittgebäulichkeiten des Klägers aufrecht zu erhalten sei, wie solcher durch Vertrag vom 3. März 1830 zwischen den Vorbesitzern der heutigen Litiganten*), Rathsherr Alex. Hartmann einerseits und Schreiner Abraham Alioth andererseits, hergestellt worden ist und seither stets bestanden hat.

Es ist nun allerdings richtig, daß die Eigenthumsverhältnisse der einzelnen Anstößer an dem auf der Kehrseite der Häuser der streitenden Parteien befindlichen Höflein von jeher bestritten waren, und es scheinen denn auch durch den als Beweismittel angerufenen Spruch mit Vergleich aus dem Jahre 1796 nicht sowohl die Eigenthumsrechte am besagten Höflein ausgeschieden, als die Benutzungsrechte der verschiedenen Interessenten festgestellt worden zu sein. Die Entscheidung im vorliegenden Falle hängt indeß nicht von der Lösung der Eigenthumsfrage rücksichtlich des Höfleins ab und es kann dieselbe füglich unerörtert bleiben, indem der Kläger seine Ansprüche hauptsächlich auf die Ersitzung stützt, ein Institut, welches gerade dazu bestimmt ist, allfällige Mängel des Erwerbstitels zu heben und unsichere, aber seit langem bestehende Rechtsverhältnisse unter gewissen Voraussetzungen zu consolidiren.

Steiner beruft sich in dieser Beziehung auf die Stadtsatzung von Biel vom Jahre 1614, welche mit Ausnahme der Zeit der französischen Herrschaft bis zum 31. März 1854 in Kraft verblieb, und unter deren Herrschaft somit der Vertrag vom 3. März 1830 zu Stande kam. Dieselbe handelt von der Verjährung im 7. Titel und kennt dieselbe nicht nur für liegende Güter, sondern auch für „Rechtsamen und Gerechtigkeiten.“ Die Erfordernisse der Verjährung, welche durch Titel 7 Satz. 7**) aufgezählt werden, sind

*) Diese Bezeichnung stimmt nicht mit dem Thatbestand. Alioth war nach diesen nicht Vorbesitzer des Renfer, sondern des Nordmann und dieser war nicht mehr Litigant.

**) Wörtlich gleichlautend mit Satz. V, Fol. 114, der Berner Stadtsatzung von 1614/15 (vgl. Leuenberger, Studien, S. 54).

die römisch-rechtlichen, nämlich: gut Gewissen (bona fides), rechtmäßiger Titel (iustus titulus) Zustellung oder Einräumung der Besitzung (possessio), eine verjährbare Sache (guth reshabilis) und endlich eine beharrliche Besitzung (tempus)*). Alle diese Voraussetzungen der Verjährung waren nun schon in der Person des Vorbesitzers des Steiner, des Rathsherrn Hartmann, vorhanden. Es handelte sich um eine verjährbare Sache, nämlich eine Servitut, deren Besitz seit länger als 10 Jahren ununterbrochen ausgeübt worden war und deren Titel in dem Vertrage vom 3. März 1830 lag. Was den guten Glauben anbetrifft, so gab sich Allioth bei dem Vertragsabschluß als Eigenthümer des Höfleins aus und nach dem Spruche von 1796 in Verbindung mit dem Kaufe von 1694 konnte Hartmann wohl keinen Zweifel an der Rechtmäßigkeit seines Titels haben.

Man stößt sich vornehmlich an dem Mangel jeglicher Fertigung der Uebereinkunft vom 3. März 1830. Es ist aber in Betracht zu ziehen, daß das Gesetz über die Einführung der Untergerichte vom 24. Dezembar 1803 für Biel nicht maßgebend war, weil es damals unter französischer Herrschaft stand. Von 1814 bis 1854 galt sodann in Biel die Stadtsatzung von 1614, nach welcher die Fertigung nicht nöthig war. Da nun nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes über Aufhebung der Statutarrechte vom 16. März 1853, wohlerworbene Rechte respektirt werden müssen, auch wenn sie nach der neuen Gesetzgebung nicht mehr erworben werden könnten, und die zehnjährige Verjährungsfrist schon lange vor dem 31. März 1854 abgelaufen war, so ist die fragliche Servitut troß der mangelnden Fertigung in ihrem Bestande zu schützen.

Es ist zudem konstatirt, daß die in Rede stehende Gebäulichkeit fest mit dem Hause des Klägers verbunden ist und daß es für dieselbe keinen andern Abfluß gibt als durch das mehrerwähnte Höflein in den Scheußkanal. Auffallend ist auch, daß der Beklagte erst jetzt reklamirt, nachdem er selbst verschiedene bauliche Veränderungen vorgenommen hat. Um eine bloß persönliche Dienstbarkeit kann es sich nach dem Wortlaute des Vertrages — indem Abr. Allioth dem Alex. Hartmann zu diesem Endzwecke (Anbringung eines Abtrittes mit Schüttstein) den nöthigen Platz auf seinem Höflein „zu ewigen Zeiten abtretet und einräumt“ und nach der Natur der Sache in keinem Falle handeln.

*) Vgl. Manuel, Studien über die Verjährungslehre im bern. Stadtrecht, Bern 1876, S. 49 ff.

und es fehlt demnach an dem Requisite des Freiheitsbesitzes Seitens des Beklagten, so daß seine peremtorische Einrede gegen das Rechtsbegehren der Klage der Begründung entbehrt.

b) Betreffend die Hauptsache:

Die Klage des Alexander Steiner qualifizirt sich als actio confessoria und es geht ihr Zweck auf Anerkennung der behaupteten Servitut gegenüber dem Beklagten, welcher dieselbe zu bestreiten ein rechtliches Interesse hat. Der Streit dreht sich um die Frage, ob derjenige Zustand in Betreff der Abtrittgebäulichkeiten des Klägers aufrecht zu erhalten sei, wie solcher durch Vertrag vom 3. März 1830 zwischen den Vorbesitzern der heutigen Litiganten *), Rathsherr Alex. Hartmann einerseits und Schreiner Abraham Alioth andererseits, hergestellt worden ist und seither stets bestanden hat.

Es ist nun allerdings richtig, daß die Eigenthumsverhältnisse der einzelnen Anstößer an dem auf der Kehrseite der Häuser der streitenden Parteien befindlichen Höflein von jeher bestritten waren, und es scheinen denn auch durch den als Beweismittel angerufenen Spruch mit Vergleich aus dem Jahre 1796 nicht sowohl die Eigenthumsrechte am besagten Höflein ausgeschieden, als die Benutzungsrechte der verschiedenen Interessenten festgestellt worden zu sein. Die Entscheidung im vorliegenden Falle hängt indeß nicht von der Lösung der Eigenthumsfrage rücksichtlich des Höfleins ab und es kann dieselbe füglich unerörtert bleiben, indem der Kläger seine Ansprüche hauptsächlich auf die Ersitzung stützt, ein Institut, welches gerade dazu bestimmt ist, allfällige Mängel des Erwerbstitels zu heben und unsichere, aber seit langem bestehende Rechtsverhältnisse unter gewissen Voraussetzungen zu consolidiren.

Steiner beruft sich in dieser Beziehung auf die Stadtsatzung von Biel vom Jahre 1614, welche mit Ausnahme der Zeit der französischen Herrschaft bis zum 31. März 1854 in Kraft verblieb, und unter deren Herrschaft somit der Vertrag vom 3. März 1830 zu Stande kam. Dieselbe handelt von der Verjährung im 7. Titel und kennt dieselbe nicht nur für liegende Güter, sondern auch für „Rechtsamen und Gerechtigkeiten." Die Erfordernisse der Verjährung, welche durch Titel 7 Satz. 7**) aufgezählt werden, si

*) Diese Bezeichnung stimmt nicht mit dem Thatbestan war nach diesen nicht Vorbesitzer des Renfer, sondern d dieser war nicht mehr Litigant.

**) Wörtlich gleichlautend mit Satz. V satzung von 1614/15 (vgl. Leuenberg



**62. Provisorische Verfügung in Erbschaftsstreitigkeiten. — Analoge Anwendung der Satz. 540 C. auf den Fall von Commorienten.**

Hirschi und Mith. ca. Eberhard.

25. Aug. 1881.

Bei dem Untergange des Schiffes „Neptun" auf dem Bielersee am 25. Juli 1880 kamen die Eheleute Friedrich Eberhard und Luise, geb. Schweizer, um's Leben. Sie hinterließen weder Descendenten noch hatten sie mittelst Vertrages ihre Erbfolge geregelt Auf beiden Seiten traten Geschwister als Erbprätendenten auf; da aber kein Beweis für das Ueberleben des einen oder andern Gatten zu erbringen war, so wurde vorerst beidseitig eine provisorische Verfügung des Richteramts Biel impetrirt, dahin lautend: „es sei bis zur Beurtheilung der Frage, welche Collateralen in die Erbschaft succediren, über den fragl. Nachlaß ein Verwalter zu bestellen." — Nun klagten die Geschwister des Ehemannes gegen diejenigen der Ehefrau auf Anerkennung ihrer Erbenqualität in Betreff des Nachlasses des verstorbenen Bruders „mit Ausschluß des eingekehrten und des vorbehaltenen Gutes der Frau E." — Im Klagverurkundungstermin erklärten sich die Beklagten hiemit einverstanden; aber es erhoben sich Zweifel über die Zugehörigkeit der vorhandenen Vermögensgegenstände zum Frauengut. Infolge dessen wollten die Beklagten nicht den Antrag der Kläger betreffs Aufhebung der provisorischen Verfügung zugeben, so lange nicht eine Summe von Fr. 20,000 zur Sicherheit hinterlegt werde. Die Kläger wollten von diesem Vorbehalt nichts wissen und erlangten vom Richter die beantragte Aufhebung. Anders entschied der App.- und Kass.-Hof infolge Berufung der Beklagten.

Motive:

Der Wortlaut der provisorischen Verfügung vom 16. November 1880 geht allerdings nur dahin, daß Alfred Amsler die Verwaltung des Eberhard'schen Nachlasses bis zur Erledigung der Frage, wer in diesem Nachlaß successionsberechtigt sei, besorgen solle. Es liegt jedoch offenbar im Sinn und Geiste der unter Parteien abgeschlossenen Convention, daß die Verwaltung bis zur definitiven Regelung der den Verwandten des Friedrich Eberhard einerseits und den Verwandten der Frau Eberhard andererseits am Nachlasse des erstern zustehenden Erbansprüche fortdauern soll.

Da nun der Belauf des zugebrachten Gutes der Frau Eberhard, geb. Schweizer, noch nicht endgültig bestimmt ist, so ist es gerechtfertigt, die provisorische Verfügung insoweit noch andauern zu lassen, als es den noch genauer zu fixirenden Betrag des Frauenvermögens betrifft.

Diese Lösung der Frage entspricht der Natur der Sache um so mehr, als sich aus einer analogen Anwendung der **Satz. 540 C.** ergibt, daß der bernische Gesetzgeber für den Fall, wo die Ansprüche aus dem Frauenvermögen fällig werden, ein gewisses Separationsrecht zu Gunsten desselben in dem Sinne anerkannt wissen wollte, daß vor Allem aus das Frauenvermögen ausgeschieden werden und erst nach vollzogener Ausscheidung die Universalsuccession in den Nachlaß des Erblassers eintreten soll. Es muß daher die provisorische Verfügung, soweit es das Frauen-Vermögen betrifft, bis zu dessen Ausweisung aufrecht erhalten bleiben. Das zweite Rechtsbegehren ist gegenstandslos geworden und ist daher über solches nicht mehr zu urtheilen. —

**63. Frachtvertrag. — Klage gegen die Eisenbahn wegen unrichtiger Ablieferung. — Entschuldbarer Irrthum über die Person des Adressaten.**

Fehr u. Komp. gegen schweiz. Centralbahn.

25. Aug. 1881.

In der schon Bd. XVII, S. 454, bei Anlaß eines Zwischenstreites erwähnten Rechtssache ergab die Beweisführung im Wesentlichen Folgendes. Am Tage nach Ankunft des an Peter Bürki adressirten Frachtgutes stellte sich des Letztern Bruder, Christian Bürki, bei der Güterexpedition Bern und verlangte die Aushändigung des Gutes unter Vorweisung des von den Versendern an Peter Bürki geschriebenen Briefes, laut welchem dieser die Waare dem Christian gegen baar verabfolgen sollte. Er quittirte auch mit dem Namen seines Bruders Peter. — Christian Bürki wurde alsdann auf Klage von Fehr & Comp. zur Bezahlung des Fakturawerths verurtheilt; Zahlung konnte indes nicht erlangt werden; denn der Schuldner war schon früher vergeltstagt. Nun forderten Fehr & Comp. von der schweiz. Centralbahn vollen Schadensersatz, indem sie geltend machten, daß bei richtiger Auslieferung an den Adressaten P e t e r Bürki der Eintritt des Schadens verhindert worden wäre, da Letzterer ein solventer Mann

mögen besitzt (vgl. Urtheil in Sachen Tschumi ca. Tschumi vom 6. Oktober 1876)*);

5. daß daher, da die Klägerin zu der Herausgabe der Obligation nicht befugt war, nicht weiter zu untersuchen ist, in welcher Weise die bezüglichen Verhandlungen zwischen Parteien vor sich gegangen seien, namentlich ob die Aushändigung der Obligation an den Beklagten freiwillig erfolgte, oder aber ob die Voraussetzungen der actio doli vorliegen;

6. daß nun, wenn die von Wittwe Ryffe ausgestellte Quittung von Anfang an ungültig war, eine Rückforderung derselben innert 30 Tagen nicht als nothwendig erscheint;

7. daß die vom Beklagten erhobenen Einwendungen sämmtlich unstichhaltig sind, indem die Behauptung, die Klägerin sei durch Waaren gedeckt worden, durch die gerichtliche Aussage der Letztern widerlegt worden ist, das Behalten des neuen Titels für sie nothwendig war, um doch Etwas in Händen zu haben und endlich in den Erklärungen der Wittwe Ryffe vor dem Gemeinderathe von Bözingen und in der Verweigerung der Prozeßautorisation keine Einwilligung der Vormundschaftsbehörde zu den erwähnten Verhandlungen, Namens der minderjährigen Kinder Ryffe, und ebensowenig eine nachträgliche Genehmigung erblickt werden kann.

## 59. „Obligation“, mit abgekürztem Taufnamen unterzeichnet.

Reber gegen Leihkasse Langnau und Mith.

6. Aug. 1881.

Vgl. Ztschr. XVII, 90, und dortige Citate.

Eine eigenhändige „Obligation“ des Christian Aeschlimann war unterzeichnet „Chr. Aeschlimann“, im Uebrigen formrichtig. In der gerichtlichen Vereinigung über den Nachlaß desselben war kein Vorrecht zuerkannt worden, weßhalb der Gläubiger Einspruch erhob. Derselbe wurde abgewiesen

in Betrachtung:

„Daß .... der Umstand, daß der Unterzeichner der Schuldschrift wirklich Christian Aeschlimann, Käsehändler in Langnau

*) Ztschr. XII, 399, vgl. 457. (Das an letzterer Stelle beigefügte Citat, „Ztschr. XII, 191,“ bezieht sich auf die Zeitschrift für vaterländisches Recht.)

gewesen, aus der Urkunde selbst nicht ersichtlich ist, indem die Abkürzung „Chr.“ an sich nicht nothwendigerweise in „Christian“ ergänzt werden muß, sondern auch „Christoph“ und noch andere mit den gleichen Anfangsbuchstaben beginnende Taufnamen bedeuten kann *);

„daß somit dieser mangelhaften Namensbezeichnung in der fragl. Schuldschrift gegenüber der Beweis der Identität der Person sowie der Umstand, daß ein anderer mit „Chr.“ anlautender Taufname in der betreffenden Ortschaft nicht vorkommt, als durchaus unerheblich erscheinen.

## 60. Wechselfähigkeit der Ehefrau eines Geltstagers.

Rüegg & Oeler gegen Elis. Schlatter.

11. Aug. 1881.

Vgl. Ztschr. I, 365; VII, 88; IX, 313; XII, 177, 198.

Friedrich Schlatter betrieb zu Schüpbach ein Müllereigeschäft und bezog laut Faktur vom 29. Juli 1880 von der Getreidehandlung Rüegg und Oeler in Zürich ein Quantum Waizen im Werth von Fr. 1527, für welchen Betrag die Verkäufer eine per 28. September gl. J. zahlbare Tratte auf ihn entnahmen und ihn ersuchten, dieselbe mit seinem Accept versehen zurückzusenden. Am 27. August 1880 wurde aber der Geltstag über Schlatter verhängt, und auf Ansuchen desselben vom 15. Sept. gl. J. sandten R. und Oe. eine neue Faktur und Tratte auf den Namen der Ehefrau Schlatter mit Datum vom 29. Juli 1880. Frau Schlatter versah dieselbe mit ihrem Accept, verweigerte jedoch bei Verfall die Zahlung unter Deponirung der Wechselsumme gemäß § 98 W.-O. — Gegen die hierauf erhobene Wechselklage wandte sie ein, sie habe sich ohne Einwilligung der Vormundschaftsbehörde nicht gültig verpflichten können, weil sie aus der Ehe mit Schlatter zwölf minderjährige Kinder habe und das ihr zur Befriedigung für die privilegirte Hälfte ihres Zugebrachten im Jahr 1880 abgetretene Vermögen nur Fr. 4000 betrage, somit in der Eingehung der fragl. Verpflichtung eine unzulässige Belastung, resp. Verminderung desselben liege. Die Waare habe sie weder bestellt noch bezogen; auch habe nicht sie, sondern ihr Ehemann darüber verfügt. Der

*) In den Akten war außerdem auf Christin, ja sogar Chrisostomus, Charles, Chrispin (!) hingewiesen.



Gerichtspräsident von Signau wies die Klage ab; in dem bestätigenden Urtheil der obern Instanz wird gesagt:

„3. Daß die Ausstellung eines Zahlungsversprechens im Betrage von Fr. 1525 bei einem Vermögensbestande von nur Fr. 4000 zweifellos eine wesentliche Kapitalveränderung in sich schließt, indem die Erfüllung desselben ohne wesentliche Belastung oder Verminderung des Kapitalbestandes geradezu undenkbar ist;

„4. daß dem gegenüber die Kläger geltend machen, Beklagte habe den Gegenwerth für die Wechselsumme in Waaren, Lieferung von 50 Säcken Waizen, erhalten und in das von ihr auf eigene Rechnung betriebene Müllereigeschäft verwendet; — allein dieser Einwand dürfte, selbst wenn derselbe thatsächlich richtig wäre und nicht mit dem Inhalte der ursprünglichen Faktur und dem Briefe des Ehemannes Schlatter an die Kläger d. d. 15. Sept. 1880 im Widerspruche stünde, jedenfalls nur dann gehört werden, wenn nachgewiesen worden wäre, daß die güterrechtlich selbständige Beklagte mit ausdrücklicher oder stillschweigender Gestattung der Vormundschaftsbehörde den handelsmäßigen Betrieb des Müllereigeschäftes fortsetze (vgl. die durch das vorerwähnte Emanzipationsgesetz aufgehobene Satz. 310 C.)".

## 61. Erwerb von Servituten durch Verjährung nach der Stadtsatzung von Biel.

Steiner gegen Renfer.

19. Aug. 1881.

Alex. Steiner, Metzgermeister in Biel, besitzt seit 1859 infolge Testaments des Alex. Hartmann ein Wohnhaus in der Nidaugasse zu Biel. Alex. Hartmann hatte dasselbe erworben durch Theilung im Jahr 1829 von Jgfr. Marg. Stocker, deren Erwerbtitel auf das Jahr 1822 zurückgeht. Andererseits besitzt F. Renfer, ebenfalls Metzgermeister, ein an Stelle zweier ältern Gebäude um 1862 errichtetes Wohnhaus. Beide Häuser grenzen nebst mehreren andern mit der Hinterfacade an einen Hof, dessen Eigenthums- und Benutzungsverhältnisse schon im 18. Jahrhundert zu Streitigkeiten Anlaß gegeben hatten. Im Jahr 1830 schloß Alex. Hartmann, Vorbesitzer Steiners, mit Abr. Alioth, damaligem Besitzer eines dritten an fragl. Hof stoßenden Hauses einen Vertrag, laut welchem ihm gestattet wurde, „auf der Bysenseite seines Hauses gegen das Höfli hinaus einen Abtritt anzubringen, und denselben, wie auch den Schüttstein, durch ein Rohr . . . in den vorhandenen

Düngerkasten abzuleiten, überhaupt die hierzu erforderlichen Einrichtungen und Vorkehren zu treffen, indem Hr. Alioth dem Hrn. Hartmann zu diesem Endzweck den nöthigen Platz auf seinem Höfli zu allen Zeiten abtrittet und einräumt." Dieser Vertrag wurde, obschon ihm die Bestimmung einverleibt war:

„Sollte Hr. Hartmann früher oder später die gerichtliche Fertigung dieses Aktes anverlangen, oder diese sonst nöthig werden, so verpflichtet sich Hr. Alioth, zu dieser Fertigung unverzüglich Hand zu bieten und zu keinen Zeiten aus der Nichterfüllung dieses Versprechens einiges Recht herzuleiten" —

dennoch niemals zur Fertigung und Einschreibung in's Grundbuch gebracht. Da nun, wie es scheint, Renfer das Recht des Steiner auf Beibehaltung der fragl. Abtritt-Einrichtungen bestritt, so stellte letzterer mit Klage vom 14. Febr. 1879 folgendes Begehren an's Recht:

„Der Beklagte sei schuldig, den bestehenden Zustand an den Abtrittgebäulichkeiten des Klägers in seinem Hause an der Nidaugasse im Sinne des Vertrages vom 3. März 1830 anzuerkennen." Diesem, ursprünglich auch gegen Th. Nordmann, als Eigenthümer des vormals Alioth'schen Hauses gerichteten Begehren hatte sich jener ohne Weiteres unterzogen. Der Beklagte Renfer dagegen antwortete vorerst uneinläßlich; dann bestritt er namentlich das Vorhandensein der eingeklagten Dienstbarkeit wegen Mangels der Fertigung und wegen Mangels eines justus titulus zur Acquisitivverjährung, indem Alioth nicht befugt gewesen sei, auf das nicht ihm gehörige Höflein eine Dienstbarkeit zu errichten. Auch die bona fides habe dem Hartmann gefehlt, da ihm der Mangel der Verfügungsbefugniß auf Seiten des Hrn. Alioth bekannt gewesen sei. — Das sehr umfangreiche Akten- und Beweismaterial wurde dem App.- und Kass.-Hof zur direkten Beurtheilung vorgelegt, welcher die peremtorische Einrede abwies und die Klage zusprach,

in Betrachtung:

a) Betreffend die peremtorische Einrede:

Der Schluß der uneinläßlichen Antwort könnte nur in dem Falle als begründet erachtet werden, wenn der Beklagte den Nachweis geleistet hätte, daß er, abgesehen davon, ob die vom Kläger behauptete Dienstbarkeit jemals zu Recht bestanden, die Freiheit von derselben durch Verjährung erworben habe.

Nun aber ist es Thatsache, daß der Besitz der Servitut seit beiläufig 50 Jahren fortdauernd und ungestört ausgeübt wurde

und es fehlt demnach an dem Requisite des Freiheitsbesitzes Seitens des Beklagten, so daß seine peremtorische Einrede gegen das Rechtsbegehren der Klage der Begründung entbehrt.

b) Betreffend die Hauptsache:

Die Klage des Alexander Steiner qualifizirt sich als actio confessoria und es geht ihr Zweck auf Anerkennung der behaupteten Servitut gegenüber dem Beklagten, welcher dieselbe zu bestreiten ein rechtliches Interesse hat. Der Streit dreht sich um die Frage, ob derjenige Zustand in Betreff der Abtrittgebäulichkeiten des Klägers aufrecht zu erhalten sei, wie solcher durch Vertrag vom 3. März 1830 zwischen den Vorbesitzern der heutigen Litiganten*), Rathsherr Alex. Hartmann einerseits und Schreiner Abraham Alioth andererseits, hergestellt worden ist und seither stets bestanden hat.

Es ist nun allerdings richtig, daß die Eigenthumsverhältnisse der einzelnen Anstößer an dem auf der Kehrseite der Häuser der streitenden Parteien befindlichen Höflein von jeher bestritten waren, und es scheinen denn auch durch den als Beweismittel angerufenen Spruch mit Vergleich aus dem Jahre 1796 nicht sowohl die Eigenthumsrechte am besagten Höflein ausgeschieden, als die Benutzungsrechte der verschiedenen Interessenten festgestellt worden zu sein. Die Entscheidung im vorliegenden Falle hängt indeß nicht von der Lösung der Eigenthumsfrage rücksichtlich des Höfleins ab und es kann dieselbe füglich unerörtert bleiben, indem der Kläger seine Ansprüche hauptsächlich auf die Ersitzung stützt, ein Institut, welches gerade dazu bestimmt ist, allfällige Mängel des Erwerbstitels zu heben und unsichere, aber seit langem bestehende Rechtsverhältnisse unter gewissen Voraussetzungen zu consolidiren.

Steiner beruft sich in dieser Beziehung auf die Stadtsatzung von Biel vom Jahre 1614, welche mit Ausnahme der Zeit der französischen Herrschaft bis zum 31. März 1854 in Kraft verblieb, und unter deren Herrschaft somit der Vertrag vom 3. März 1830 zu Stande kam. Dieselbe handelt von der Verjährung im 7. Titel und kennt dieselbe nicht nur für liegende Güter, sondern auch für „Rechtsamen und Gerechtigkeiten.“ Die Erfordernisse der Verjährung, welche durch Titel 7 Satz. 7**) aufgezählt werden, sind

*) Diese Bezeichnung stimmt nicht mit dem Thatbestand. Alioth war nach diesen nicht Vorbesitzer des Renfer, sondern des Nordmann und dieser war nicht mehr Litigant.

**) Wörtlich gleichlautend mit Satz. V, Fol. 114, der Berner Stadtsatzung von 1614/15 (vgl. Leuenberger, Studien, S. 54).

die römisch-rechtlichen, nämlich: gut Gewissen (bona fides), rechtmäßiger Titel (iustus titulus) Zustellung oder Einräumung der Besitzung (possessio), eine verjährbare Sache (guth reshabilis) und endlich eine beharrliche Besitzung (tempus)*). Alle diese Voraussetzungen der Verjährung waren nun schon in der Person des Vorbesitzers des Steiner, des Rathsherrn Hartmann, vorhanden. Es handelte sich um eine verjährbare Sache, nämlich eine Servitut, deren Besitz seit länger als 10 Jahren ununterbrochen ausgeübt worden war und deren Titel in dem Vertrage vom 3. März 1830 lag. Was den guten Glauben anbetrifft, so gab sich Alioth bei dem Vertragsabschluß als Eigenthümer des Höfleins aus und nach dem Spruche von 1796 in Verbindung mit dem Kaufe von 1694 konnte Hartmann wohl keinen Zweifel an der Rechtmäßigkeit seines Titels haben.

Man stößt sich vornehmlich an dem Mangel jeglicher Fertigung der Uebereinkunft vom 3. März 1830. Es ist aber in Betracht zu ziehen, daß das Gesetz über die Einführung der Untergerichte vom 24. Dezembar 1803 für Biel nicht maßgebend war, weil es damals unter französischer Herrschaft stand. Von 1814 bis 1854 galt sodann in Biel die Stadtsatzung von 1614, nach welcher die Fertigung nicht nöthig war. Da nun nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes über Aufhebung der Statutarrechte vom 16. März 1853, wohlerworbene Rechte respektirt werden müssen, auch wenn sie nach der neuen Gesetzgebung nicht mehr erworben werden könnten, und die zehnjährige Verjährungsfrist schon lange vor dem 31. März 1854 abgelaufen war, so ist die fragliche Servitut trotz der mangelnden Fertigung in ihrem Bestande zu schützen.

Es ist zudem konstatirt, daß die in Rede stehende Gebäulichkeit fest mit dem Hause des Klägers verbunden ist und daß es für dieselbe keinen andern Abfluß gibt als durch das mehrerwähnte Höflein in den Scheußkanal. Auffallend ist auch, daß der Beklagte erst jetzt reklamirt, nachdem er selbst verschiedene bauliche Veränderungen vorgenommen hat. Um eine bloß persönliche Dienstbarkeit kann es sich nach dem Wortlaute des Vertrages — indem Abr. Alioth dem Alex. Hartmann zu diesem Endzwecke (Anbringung eines Abtrittes mit Schüttstein) den nöthigen Platz auf seinem Höflein „zu ewigen Zeiten abtretet und einräumt“ und nach der Natur der Sache in keinem Falle handeln.

*) Vgl. Manuel, Studien über die Verjährungslehre im bern. Stadtrecht, Bern 1876, S. 49 ff.

**62. Provisorische Verfügung in Erbschaftsstreitigkeiten. — Analoge Anwendung der Satz. 540 C. auf den Fall von Commorienten.**

Hirschi und Mith. ca. Eberhard.

25. Aug. 1881.

Bei dem Untergange des Schiffes „Neptun“ auf dem Bielersee am 25. Juli 1880 kamen die Eheleute Friedrich Eberhard und Luise, geb. Schweizer, um's Leben. Sie hinterließen weder Descendenten noch hatten sie mittelst Vertrages ihre Erbfolge geregelt Auf beiden Seiten traten Geschwister als Erbprätendenten auf; da aber kein Beweis für das Ueberleben des einen oder andern Gatten zu erbringen war, so wurde vorerst beidseitig eine provisorische Verfügung des Richteramts Biel impetrirt, dahin lautend: „es sei bis zur Beurtheilung der Frage, welche Collateralen in die Erbschaft succediren, über den fragl. Nachlaß ein Verwalter zu bestellen.“ — Nun klagten die Geschwister des Ehemannes gegen diejenigen der Ehefrau auf Anerkennung ihrer Erbenqualität in Betreff des Nachlasses des verstorbenen Bruders „mit Ausschluß des eingekehrten und des vorbehaltenen Gutes der Frau E.“ — Im Klagverurkundungstermin erklärten sich die Beklagten hiemit einverstanden; aber es erhoben sich Zweifel über die Zugehörigkeit der vorhandenen Vermögensgegenstände zum Frauengut. Infolge dessen wollten die Beklagten nicht den Antrag der Kläger betreffs Aufhebung der provisorischen Verfügung zugeben, so lange nicht eine Summe von Fr. 20,000 zur Sicherheit hinterlegt werde. Die Kläger wollten von diesem Vorbehalt nichts wissen und erlangten vom Richter die beantragte Aufhebung. Anders entschied der App.- und Kass.-Hof infolge Berufung der Beklagten.

Motive:

Der Wortlaut der provisorischen Verfügung vom 16. November 1880 geht allerdings nur dahin, daß Alfred Amsler die Verwaltung des Eberhard'schen Nachlasses bis zur Erledigung der Frage, wer in diesem Nachlaß successionsberechtigt sei, besorgen solle. Es liegt jedoch offenbar im Sinn und Geiste der unter Parteien abgeschlossenen Convention, daß die Verwaltung bis zur definitiven Regelung der den Verwandten des Friedrich Eberhard einerseits und den Verwandten der Frau Eberhard andererseits am Nachlasse des erstern zustehenden Erbansprüche fortdauern soll.

Da nun der Belauf des zugebrachten Gutes der Frau Eberhard, geb. Schweizer, noch nicht endgültig bestimmt ist, so ist es gerechtfertigt, die provisorische Verfügung insoweit noch andauern zu lassen, als es den noch genauer zu fixirenden Betrag des Frauenvermögens betrifft.

Diese Lösung der Frage entspricht der Natur der Sache um so mehr, als sich aus einer analogen Anwendung der **Satz. 540 C.** ergibt, daß der bernische Gesetzgeber für den Fall, wo die Ansprüche aus dem Frauenvermögen fällig werden, ein gewisses Separationsrecht zu Gunsten desselben in dem Sinne anerkannt wissen wollte, daß vor Allem aus das Frauenvermögen ausgeschieden werden und erst nach vollzogener Ausscheidung die Universalsuccession in den Nachlaß des Erblassers eintreten soll. Es muß daher die provisorische Verfügung, soweit es das Frauen-Vermögen betrifft, bis zu dessen Ausweisung aufrecht erhalten bleiben. Das zweite Rechtsbegehren ist gegenstandslos geworden und ist daher über solches nicht mehr zu urtheilen. —

**63. Frachtvertrag. — Klage gegen die Eisenbahn wegen unrichtiger Ablieferung. — Entschuldbarer Irrthum über die Person des Adressaten.**

Fehr u. Komp. gegen schweiz. Centralbahn.

25. Aug. 1881.

In der schon Bd. XVII, S. 454, bei Anlaß eines Zwischenstreites erwähnten Rechtssache ergab die Beweisführung im Wesentlichen Folgendes. Am Tage nach Ankunft des an Peter Bürki adressirten Frachtgutes stellte sich des Letztern Bruder, Christian Bürki, bei der Güterexpedition Bern und verlangte die Aushändigung des Gutes unter Vorweisung des von den Versendern an Peter Bürki geschriebenen Briefes, laut welchem dieser die Waare dem Christian gegen baar verabfolgen sollte. Er quittirte auch mit dem Namen seines Bruders Peter. — Christian Bürki wurde alsdann auf Klage von Fehr & Comp. zur Bezahlung des Fakturawerths verurtheilt; Zahlung konnte indes nicht erlangt werden; denn der Schuldner war schon früher vergeltstagt. Nun forderten Fehr & Comp. von der schweiz. Centralbahn vollen Schadensersatz, indem sie geltend machten, daß bei richtiger Auslieferung an den Adressaten Peter Bürki der Eintritt des Schadens verhindert worden wäre, da Letzterer ein solventer Mann

nnd zur Uebergabe der Käse an seinen Bruder nur unter Vorbehalt der Baarzahlung ermächtigt gewesen sei.

Die Klage wurde vom Appellations- und Kassations-Hof, infolge Uebergehung des Amtsgerichts, abgewiesen, gestützt auf folgende

Erwägungen:

Geklagt wird aus einem Frachtvertrage wegen nicht richtiger Erfüllung dieses Vertrags. Die Kläger Fehr & Comp. verlangen von der Centralbahn Ersatz des Schadens, welcher ihnen dadurch entstanden sei, daß sie eine Sendung Käse, welche der genannten Bahn am 5. August 1878 übergeben worden, nicht au den Adressaten Peter Bürki, sondern an dessen Bruder Christian Bürki abgeliefert habe. Der Einwand der beklagten Bahngesellschaft, die Ablieferung sei materiell an die richtige Adresse erfolgt, weil der Käse gemäß dem abgeschlossenen Kaufgeschäfte für Christian Bürki bestimmt gewesen, ist nicht stichhaltig. Das fragliche Kaufgeschäft ging die Bahn nichts an, sondern sie hatte sich lediglich an die Bestimmungen des Frachtvertrages zu halten, laut welchem der Käse nicht dem Käufer Christian, sondern dessen Bruder Peter Bürki abgeliefert werden sollte. Dies gilt um so mehr, als die Versender ein wesentliches Interesse daran hatten, daß der Käse dem Käufer nicht ohne Weiteres, sondern nur gegen Baarbezahlung, mit deren Entgegennahme sie eben Peter Bürki betraut hatten, verabfolgt werde.

Begründet dagegen ist der Einwand, daß die beklagte Bahngesellschaft durch das Verhalten des Peter Bürki von ihrer Verantwortlichkeit für die Folgen der unrichtigen Ablieferung enthoben werde. Ohne gerade die Analogie mit den Artikeln 23 und 24 des Bundesgesetzes über den Transport von Eisenbahnen vom 20. März 1875, betreffend Versäumniß der Lieferzeit und gänzlichen Verlust des Frachtgutes, für den vorliegenden Fall herbeizuziehen, muß doch für die beklagte Bahn ein Liberationsgrund darin erblickt werden, daß die unrichtige Ablieferung durch den Bevollmächtigten der Versender, Peter Bürki, selbst veranlaßt wurde. Indem Letzterer den von Fehr & Comp. erhaltenen Brief seinem Bruder Christian aushändigte, setzte er denselben in den Stand, sich unter Vorweisnng dieses Briefes auf glaubwürdige Weise für den Adressaten Peter Bürki auszugeben und so die Bahnbeamten zu täuschen. Es darf angenommen werden, daß ohne diesen Umstand das Frachtgut dem Christian Bürki nicht verabfolgt worden wäre.

**64. Das Regreßverhältniß zwischen Personen, von denen sich einem Gläubiger gegenüber die Eine als Hauptschuldner, die Anderen als Bürgen verpflichtet haben, kann durch mündliche Uebereinkunft beliebig normirt werden. — Eine solche Uebereinkunft kann den Erben eines „Bürgen“ gegenüber geltend gemacht werden, auch ohne daß sie in dem amtl. Güterverzeichniß über dessen Nachlaß angezeigt worden ist.**

Wittwe Stuber gegen Wyß.

26. Aug. 1881.

Vgl. Ztschr. XVI, S. 87.

**65. Licht- oder Fensterrecht. — Zur Erwerbung eines solchen bedarf es eines in die Handänderungsverträge über das angebl. dienende Grundstück aufgenommenen Vorbehalts.**

Masse Moser gegen Haldi.

26. Aug. 1881.

Chr. Moser besaß in Saanen ein Wohnhaus, welches auf der Ostseite durch einen schmalen Zwischenraum von dem Hause der Geschwister Haldi getrennt war. In diesen Zwischenraum ragte eine Laube des Moser'schen Hauses vor, gegen welche mehrere Fensteröffnungen desselben vorhanden waren. Im Jahre 1855 hatte ein Vorbesitzer des Haldi'schen Hauses einen Revers ausgestellt, welcher einem Kaufvertrage vom 11. April 1855 zwischen zwei Vorbesitzern des Moser'schen Hauses nachgetragen sich befindet, und folgendermaßen lautete:

„Wie im vorenthaltenen Kaufe erwähnt ist, wurde mir bei Reparation meines Hauses durch Herrn Altamtsrichter Hauswirth vergünstigt, das gegen der Laube des Erstern angebrachte Läublein mit Dächlein abzubrechen und ein Dach o b statt wie bisher u n t e r den Fenstern des Hauswirth'schen Hauses anzubringen. Ich verpflichte mich nun, diese Dachung, welche diesem das Fensterlicht benimmt, sobald der jetzige Besitzer Rudolf Haus-

wirth, Sohn, es verlangt, wegzuschaffen und die Sache in vorigen ursprünglichen Zustand zu versetzen."

In einem Kaufvertrag über das Moser'sche Grundstück vom 1. Mai 1856 scheint dieser Erklärung, welche nicht speziell der Fertigung unterworfen worden war, zum letzten Mal Erwähnung gethan zu sein:

Im Jahre 1878 klagte Moser u. A. auf Beseitigung des fraglichen Daches; die Gegner bestritten die Verbindlichkeit des Reverses für die Singularsuccessoren des Ausstellers und die Existenz einer Lichtdienstbarkeit zu Gunsten des kläger'schen Hauses.

Der Appellations- und Kassations-Hof wies das Klagbegehren ab und äußerte sich über das oben dargestellte Verhältniß wie folgt:

in Betrachtung:

1.—5. (betreffen andere Streitpunkte);

6. daß indessen weiterhin untersucht werden mag, ob zum Vortheile des kläger'schen Hauses, mit Rücksicht auf die in seiner östlichen Seitenwand vorhandenen Fensteröffnungen, ein Recht auf Licht und Aussicht bestehe, vermöge dessen die Beklagten und ihre Vorbesitzer verhindert werden können, in dem fraglichen Gange solche baulichen Veränderungen vorzunehmen, durch welche dem kläger'schen Hause der betreffende Vortheil entzogen oder geschmälert wird;

thatsächlich richtig ist, daß vor den Umbauten aus dem Anfange der 1850er Jahre die Ueberdachung der Fensteröffnungen an dem kläger'schen Hause nicht bestand; ebenso kann als hergestellt betrachtet werden, daß derartige Fensteröffnungen von jeher in der östlichen Seitenwand desselben angebracht waren; allein die Existenz dieser Fenster genügt für sich allein noch nicht, um auf eine entsprechende Dienstbarkeit auf die Luftsäule des Nachbars zu schließen; sondern es müßte noch eine den Besitz des Rechtes konstatirende Thatsache, ein konträres Faktum, hinzukommen, durch welches der nachbarliche Eigenthümer in der Ausübung seines vollen Eigenthumsrechtes beschränkt worden wäre und sich diese Beschränkung hätte gefallen lassen; eine solche Verhinderungsthatsache kann nun allerdings, mit Bezug auf die Person des Johann Perreten, in dem von ihm erwirkten sog. Reverse vom 16. Mai 1855 gefunden werden; diese Erklärung begründet jedoch nur eine persönliche Verpflichtung für deren Aussteller und dessen Universalrechtsnachfolger; dagegen kann von einer für die Nachbesitzer des beklagtischen Hauses verbindlichen, dinglichen Wirkung derselben nicht die Rede sein; um Letzteres zu bewirken, müßte,

da bei Dienstbarkeiten negativen Inhalts regelmäßiger Weise keine in die Augen fallenden Merkmale auf berechtigter Seite zugefertigt werden, der betreffende Vorbehalt in die Handänderungsverträge um das dienende Grundstück aufgenommen worden sein (Satz. 451 C.), was eben niemals der Fall war.

## 66. Amortisation von Inhaber-Aktien nach bern. Recht. — Prozeß gegen unbestimmte Personen.

Müller und Mith. gegen Berner Handelsbank.

27. Aug. 1881.

Die thatsächlichen Verhältnisse und das erstinstanzliche Urtheil sind aus dem, Bd. XVII, S. 173 ff. mitgetheilten Gutachten zu entnehmen. — Prozessualisch lag die Sache so: Die Klage war angestellt 1. gegen „Alle diejenigen, welche bezüglich der seit dem 27. Januar 1879 vermißten Inhaber-Aktien der B.-H.-B. . . . irgend welche Ansprüche zu haben vermeinen"; 2. gegen die Berner Handelsbank als „Abcitirte". Vor erster Instanz erschien nur Letztere und unterzog sich dem kläger'schen Begehren. Gegen das gleichwohl abweisende amtsgerichtliche Urtheil hatte der Kläger die Appellation ergriffen, und in oberer Instanz ließ sich von der gegner'schen Seite Niemand vertreten. Der App.- und Kass.-Hof gelangte zu einem vom Amtsgericht abweichenden Resultat und sprach die Klage zu, gestützt auf nachstehende

Motive:

1. Der Entscheid über die von Jakob Müller, Advokat in Bülach, in seiner Klage vom 22. Dezember 1880 gestellten Rechtsbegehren hängt von der Beantwortung folgender Fragen ab:

Ist eine Amortisation von Inhaber-Aktien nach bernischem Rechte zulässig, und wenn ja, unter welchen Modalitäten und in welcher Form soll dieselbe erfolgen?

Klar ist vor Allem, daß das Gesetz über Aktiengesellschaften vom 27. November 1860 keine Bestimmungen über die Amortisation von Inhaberpapieren enthält, aber ebenso sicher ist es, daß durch Art. 22 dieses Gesetzes statutarische Bestimmungen über eine solche Amortisation nicht ausgeschlossen werden. Art. 22 enthält nämlich bloß eine Bestimmung darüber, daß der wirkliche Inhaber einer, nicht auf einen bestimmten Namen lautenden Aktie als deren rechtmäßiger Eigenthümer gelten müsse.

Da nun dieser Grundsatz allgemeinen Rechtens ist, so muß eine Amortisation von Inhaberpapieren, wenn sie nach anderen Gesetzgebungen zulässig ist, es auch neben Art. 22 unseres Aktiengesetzes sein. Der Richter ist daher im Falle, da das bernische Recht keine Normen über diesen Gegenstand enthält, in Anwendung des § 296 P. die ihm zur Beurtheilung vorgelegte Rechtsfrage nach den allgemeinen Grundsätzen der Gesetzgebuug und des Rechts zu entscheiden.

Allgemein ausgeschlossen wird die Amortisation bloß bei den sog. Geldkreditpapieren (z. B. Banknoten). Ob nach gemeinem Rechte eine Amortisation der übrigen Inhaberpapiere zulässig sei, ist zwar bestritten; doch entscheidet sich die Mehrzahl der Schriftsteller im bejahenden Sinne (vgl. Endemann, deutsches Handelsrecht § 86, Note 29). — Die einheimischen Gesetzgebungen, auf welche der bernische Richter in erster Linie angewiesen ist, nämlich die schweizerische und die zürcherische, gestatten eine Amortisation von Inhaberpapieren (Entwurf eines schweiz. Obligationenrechtes Art. 846 ff., Zürcher Gesetz Art. 1187). Es darf somit nicht Anstand genommen werden, eine solche Amortisation, welche mit Art. 22 des Aktiengesetzes nicht im Widerspruche steht, auch nach bernischem Rechte zuzulassen. Im vorliegenden Falle wäre der Zuspruch des ersten Rechtsbegehrens um so weniger bedenklich, als die verlorenen und zu amortisirenden Aktien zu den nicht konvertirten, außer Kurs gesetzten Aktien der Berner Handelsbank gehören. Zudem erbietet sich der Kläger zur Sicherheitsleistung für den Fall, daß ein besser berechtigter Ansprecher auf die fraglichen Aktien auftreten sollte, und es handelt sich daher im Grunde nur um eine provisorische Verfügung im Sinne des Art. 316, 3 P., indem durch eine vorläufige Maßregel vom Impetranten Müller ein nicht leicht zu ersetzender Schaden abgewendet werden soll, der für ihn aus dem Verluste seiner Aktien sonst entstehen würde.

Wollte man aber auch einen andern Standpunkt einnehmen und die Zulässigkeit der Amortisation von Inhaberaktien nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen in Zweifel ziehen, so könnte sich der Kläger immerhin auf § 11 der Statuten der Berner Handelsbank vom Jahr 1878 berufen, welcher eine derartige Amortisation ausdrücklich vorsieht. In dieser Beziehung spricht sich selbst Renaud (das Recht der Aktiengesellschaften, 2. Aufl., S. 452), der im Uebrigen die Zulässigkeit der Amortisation von Inhaberpapieren nach gemeinem Rechte energisch bestreitet, entschieden dahin aus, daß statutarische Bestimmungen über Mortifikation von Aktien für jeden Inhaber der letztern bindend seien, auch wenn die be-

treffende Gesetzgebung eine Mortifikation derselben nicht kenne. Es müßte also jedenfalls mit Rücksicht auf die vorerwähnte Bestimmung der Statuten (§ 11 der Statuten von 1878) die Amortisation von Inhaberaktien der Berner Handelsbank als zulässig erklärt werden.

Aus den Untersuchungsakten der Statthalterei Bülach geht zur Evidenz hervor, daß der Kläger Müller Inhaber der zu amortisirenden Aktien war, und daß ihm dieselben um die Zeit des 29. Januar 1879 auf unerklärliche Weise abhanden gekommen sind. Dem Zuspruch des ersten Rechtsbegehrens steht daher materiell nichts im Wege.

Da im bernischen Rechte kein allgemeines Amortisationsverfahren ausgebildet ist, so muß das von Müller eingeschlagene Verfahren als zweckentsprechend und die nöthige Garantie darbietend gutgeheißen nnd als zulässig betrachtet werden.*)

Was endlich die vom Kläger anerbotene und durch das Gericht zu bestimmende Sicherheitsleistung, behufs Aushändigung der neuen Aktien anbetrifft, so soll dieselbe bestehen in dem Werthe der 28 Aktien zu ihrem jetzigen Nominalbetrage von Fr. 250 und in dem Werth von je 5 Jahresdividenden à 5 % in dem die nicht eingelösten Coupons nach 5 Jahren ungültig werden — also in einem Betrage von Fr. 7000 + Fr. 1750 = Fr. 8750.

Diese Sicherheitsleistung soll die ordentliche Verjährungsfrist von 10 Jahren hindurch andauern, vom Datum der regierungsräthlichen Genehmigung der revidirten Statuten der Berner Handelsbank — 10. Juli 1878 — an gerechnet.

---

*) Die Statuten der Berner Handelsbank berufen sich hinsichtlich der Amortisation von verlorenen oder untergegangenen Aktien u. s. w. auf das „durch die bernische Gesetzgebung vorgeschriebene Verfahren.“ Da nun weder das C.-G.-B., welches überhaupt nur eine Amortisation von Schuldurkunden in bestimmten Fällen kennt (Ztschr. XVII, 99), noch das Ges. über Aktiengesellschaften oder andere bern. Gesetze mit Ausnahme der Wechselordnung v. 3. Nov. 1859 ein Amortisationsverfahren kennen, so hätte u. E. auf die Bestimmungen des letztern Gesetzes gegriffen werden dürfen, von welchen anzunehmen ist, daß sie den Verfassern der Statuten einzig vorgeschwebt haben können. Bei der Beurtheilung der Rechte des in Folge der Publikation sich meldenden Dritten auf die Aktie wäre dann das Aktiengesetz zur Anwendung gekommen. Die im ersten Theil der Motive enthaltenen allgemeinen Ausführungen halten wir indeß für zu weitgehend, und eine Anwendung des § 296 cit. für nicht geboten. — Ueberhaupt, wie konnte in casu eine Ediktalladung vor den bern. Richter gegen unbestimmte Personen erlassen und bewilligt werden? Ein Rechtsstreit ist nur möglich zwischen bestimmten physischen oder juristischen Personen. Die Verbindlichkeit des vorliegenden Urtheils für allfällige Dritte unterliegt daher mindestens gewissen Bedenken.

## 67. Anfechtung der eigenen Prozeßfähigkeit durch Zwischengesuch ist unzulässig.

Lina Kühne gegen Mayer.
Auguste Barth gegen Mayer.

30. Sept. 1881.

Anton Mayer, Landwirth in Grünwinkel, GrhztH. Baden, hatte gegen zwei in Biel lebende Ehefrauen eine Klage bei dem Amtsgericht, resp. Richteramt Biel, eingeleitet auf Zahlung von Fr. 8125 nebst Accessorien. Die Klage war bereits unterm 6. Juli 1880 „verurkundet", der Termin zur Beantwortung aber mehrmals und zuletzt auf 15. März 1881 (!) verschoben worden. In diesem Termin brachten die Beklagten, jede besonders, obschon durch den nämlichen Anwalt, nach vorheriger Ankündigung ein Zwischengesuch an des Inhalts: „Es sei zu erkennen, es fehle der Beklagten die legitima persona standi in judicio, und sei demnach dieselbe, wie sie in's Recht gefaßt worden, nicht legitimirt." Kläger bestritt die Zulässigkeit dieser Einrede, und es wurde dieselbe sowohl erstinstanzlich als auf erhobene Appellation vom App.- und Kass.-Hof abgewiesen, von letzterem mit folgender

Begründung:

1. (Bezieht sich auf eine Formfrage)

2. Die Frauen Livia Kühne, geb. Barth, und Augusta Barth, geb. Thon, suchen ihre Legitimationseinreden durch die Behauptung zu begründen, sie seien von ihren Ehemännern Hermann Kühne und Wilhelm Barth nicht güterrechtlich getrennt, weil diese letztern nicht vergeltstagt seien; sie, die Frauen Kühne und Barth, wohnen seit einer Reihe von Jahren in Biel und deßhalb sei ihre Handlungs- und Prozeßfähigkeit nach bernischem und nicht nach badischem oder St. Gallischem Rechte zu beurtheilen. Allein diese Thatsachen sind bestritten und würden noch keineswegs zur Begründung des Zwischengesuches genügen, da gar nicht konstatirt worden ist, welchem güterrechtlichen System die beiden Frauen unterworfen sind. Bis zur Erlassung der Kundmachung mit Vorladung vom 12. März 1881 sind beide Frauen in vorstehendem Rechtsstreite immer selbständig aufgetreten; sie haben vom Kläger Mayer im Termin vom 6. Juli 1880 die Rechtsversicherung verlangt, am 14. Dezember 1880 das Begehren um getrennte Vertheidigung gestellt und wiederholt neue Termine zur Anbringung ihrer Haupt-

vertheidigungen ausgewirkt, ohne hiebei mit Handen ihrer Ehemänner zu verhandeln oder durch diese vertreten zu werden.

3. Der Mangel der eigenen Fähigkeit, vor Gericht zu verhandeln, darf aber auch gar nicht in Form eines Zwischengesuches geltend gemacht werden. Der bernische Zivilprozeß steht nicht auf dem Boden der gemeinrechtlichen Doktrin, wonach es für einen Gegenstand der öffentlichen Ordnung erklärt wird, daß keine Verhandlungen gepflogen werden, welche wegen Mangels der Prozeßfähigkeit nichtig sind und deßhalb diesen Punkt der Offizialprüfung durch das Prozeßgericht überweist (vgl. Motive zu Art. 54 der deutschen Zivilprozeßrrdnung), sondern er überläßt es den Parteien, die mangelnde Fähigkeit in gesetzlicher Form zur Geltung zu bringen, sei es auf dem Wege der Nichtigkeitsklage gegen das erfolgte Urtheil (Art. 383, Ziffer 4 P.), sei es in Form eines Zwischengesuches, wenn der Beklagte die Fähigkeit seines Gegners ansicht (Art. 141, Ziffer 3 P.). Daß eine Partei die Prozeßfähigkeit ihres Gegners zum Gegenstande eines Vorverfahrens machen kann, liegt in der Natur der Sache, weil Niemanden zugemuthet werden darf, einen Rechtsstreit vollständig durchzuführen, der schließlich doch nur auf ein nichtiges Urtheil hinausläuft. Anders stellt sich die unfähige Partei selbst zu einem gegen sie eingeleiteten Verfahren; sie kann demselben ganz fern bleiben, oder bis zur Ausfällung des Urtheils mitverhandeln, — in beiden Fällen bleibt ihr unpräjudizirt das Rechtsmittel der Nichtigkeitsklage, vermittelst welcher die nachtheiligen Folgen der Prozeßverhandlung durch Vernichtung des Urtheils abgewendet werden können. Einen Incidentalrechtsstreit dagegen, um die Voraussetzung der eigenen Prozeßfähigkeit als nicht vorhanden erklären zu lassen, hielt unser Prozeßgesetz für unnöthig und es liegt bei der übrigen Oekonomie desselben auch kein Grund vor, einem solchen durch Gerichtspraxis Raum zu geben.

# Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Luzern im Jahr 1880.

(Fortsetzung).

Mitgetheilt von Oberrichter Dr. Carl Attenhofer.

(Siehe Bd. XVII, S. 208 ff.)

---

## 1. Zur Frage der rechtlichen Stellung des Pfarrerwesers resp. Pfarrhelfereiverwesers.

X. fordert von der Kirchgemeinde J. einen Betrag von Fr. 245. 54 Rp. nebst Verzugszins. Für diese Forderung beruft sich Kläger auf folgende Momente:

Er sei durch den bischöflichen Kommissar W. unterm 26. Januar 1877 zum Pfarrhelfereiverweser von J. bestellt worden, in welcher Stellung er bis zum 6. Mai 1877, dem Tage seiner definitiven Wahl zum Pfarrhelfer genannter Pfründe, verblieb. Da die Kirchgemeinde J. an das Einkommen des Pfarrhelfers von Fr. 1200, nach Abzug des Staatsbeitrages von Fr. 350, eine Summe von Fr. 850 pr. Jahr zu leisten habe, was einem Betreffnisse von Fr. 2. 32⅔ Rp. pr. Tag entspreche, so schulde die Gemeinde für die Zeit, innert welcher Kläger theils als Verweser, theils als Benefiziat, die Pfründe inne gehabt, nämlich für 1 Jahr 69 Tage, die Summe von Fr. 1010. 54 Rp.,
woran Kläger erhalten habe „ 765. — „
und ergebe sich somit eine Restanzforderung von Fr. 245. 54 Rp.

Beklagte wendet hiegegen ein:

a) die Bestellung des Klägers zum Helfereiverweser sei ohne ihr Wissen und Willen eigenmächtig durch den bischöflichen Kommissar geschehen, und habe sie daher auch keine Verpflichtung, den Gehalt für diese Zeit zu bezahlen;

b) sei Kläger zu gleicher Zeit auch Pfarrverweser gewesen und könne nicht zugleich in diesen beiden Stellungen das betreffende Einkommen beziehen;

c) eventuell entsprechend der Zeit, innert welcher Kläger als Pfarrhelfereiverweser funktionirt habe, bloß ein Gehaltsbetreffniß von Fr. 232. 70 Rp.

Obergerichtlich wurde erkennt: die Beklagte sei gehalten, an die Forderung von Fr. 245. 54 Rp. einen Betrag von Fr. 232. 70 Rp. nebst Verzugszins zu bezahlen.

Motive: Der Entscheid des vorliegenden Prozesses ist in der Hauptsache davon abhängig, ob die beiden Einwendungen, welche die Beklagtschaft gegen die klägerische Forderung erhebt, begründet seien oder nicht.

Der erste Einwand der Beklagten, die Bestellung des Klägers zum Pfarrhelfereiverweser von Seite des bischöflichen Kommissars habe für sie kein Verpflichtungsverhältniß begründen können, ist nicht stichhaltig.

Vorab muß im Allgemeinen bemerkt werden, daß das ganze Raisonnement der Beklagten von dem irrigen Standpunkte ausgeht, als beruhe das Verhältniß der Gemeinde zu dem Pfrundinhaber seiner vermögensrechtlichen Seite nach auf einem privatkontraktlichen, bezw. Mandatsverhältnisse. Dieser Standpunkt ist juristisch unhaltbar und ist dieses Verhältniß seiner Grundlage nach vielmehr ein durchaus öffentlich rechtliches, welches nicht auf Vertrag, sondern auf der Anstellung des betreffenden Pfrundinhabers durch die kompetente Behörde beruht.

Es kann sich somit nur fragen, ob der bischöfliche Kommissar bei Bestellung jenes Provisoriums einen in seiner Kompetenz stehenden Akt vorgenommen habe. Diese Frage muß bejaht werden; denn:

a) spricht für die daherige Kompetenz des bischöflichen Kommissars der sogenannte Jurisdiktionskontrakt vom 9./10. Mai 1605, abgeschlossen zwischen dem Staate Luzern und der bischöflichen Curie von Constanz, wodurch in Art. 1 bestimmt wird: „Diejenigen Priester dagegen, welche durch Alter, Leibesschwachheit, oder Krankheit zu ihrem Amte untauglich werden, können vermöge geistlicher Rechte von ihren Pfründen nicht verstoßen werden. Jedoch soll der Kommissar in solchem Fall, wenn es die Priester nicht selbst thäten, dafür sorgen, daß gegen eine nach dem Vermögen der Pfrund zu bemessende Entschädigung der Gottesdienst gehörig besorgt werde.“

Wenn auch dieser sog. Jurisdiktionskontrakt in mehreren Beziehungen, z. B. in Folge Konkordats von 1808, antiquirt ist, so bildet er doch bis in die neueste Zeit die Hauptgrundlage unserer luzern. kirchenrechtlichen Verhältnisse. (Vgl. Segesser, Rechtsgeschichte der Stadt und Republik Luzern, Bd. IV, S. 501). So kann namentlich die vorliegend in

Betracht fallende Bestimmung dieses Jurisdiktionskontraktes über die Bestellung des Pfrundverwesers nicht als veraltet betrachtet werden, indem dieselbe durch die spätere Gesetzgebung in keiner Weise derogirt wurde, wie denn auch u. A. die Bestimmungen des gleichen Vertrages über die Wahl des bischöflichen Kommissars heute noch Geltung haben und die Regierung anläßlich der Wahl desselben im Jahre 1848 bei Aufstellung des Dreiervorschlages sich ausdrücklich auf ein Konkordat berufen hat, als welches, da anderweitig keine sachbezüglichen Bestimmungen enthalten sind, lediglich der erwähnte Jurisdiktionskontrakt in Betracht fallen kann. (Verhandlungen des R.-R. vom Jahr 1848, amtl. Samml., S. 381, 382).

Der sog. Jurisdiktionskontrakt vom 9./10. Mai 1605 hat daher für die Kompetenz des bischöflichen Kommissars bezüglich der Bestellung des Pfrundverwesers die Bedeutung einer lex scripta.

b) Ebenso spricht hiefür die bisherige Uebung, wonach bei Erledigung von Pfründen stets der bischöfliche Kommissar es war, welcher für provisorische Besetzung derselben die nothwendigen Anstalten zu treffen hatte.

Es steht sonach fest, daß die Bestellung des Klägers zum Pfarrhelfereiverweser von Seite des bischöflichen Kommissars ein in dessen Kompetenz fallender Akt war, und daher die Gemeinde insoweit auch grundsätzlich verpflichtet ist, ihren Beitrag an das Pfrundeinkommen an den Kläger zu bezahlen. —

Was die weitere Einrede betrifft, es sei Kläger zu gleicher Zeit Pfarrverweser von J. gewesen, und könne er nicht zugleich in beiden Stellungen das betreffende Einkommen beziehen, so ist vorerst diese Einrede, auf erfolgte gegnerische Bestreitung hin, ihrer thatsächlichen Richtigkeit nach nicht vollständig liquid gestellt worden; allein, auch diese thatsächliche Richtigkeit vorausgesetzt, ist nicht einzusehen, warum eine Cumulation dieser beiden Benefizien nicht bestehen könnte, indem eine solche Cumulation weder durch das gemeine Kirchenrecht noch durch eine partikularrechtliche Bestimmung ausgeschlossen ist, und daher kein Grund vorhanden, daß derjenige, welcher die Pflichten beider Pfründen besorgt, nicht auch auf das beidseitige Einkommen berechtigt sein sollte.

Betreffend das Maß der streitigen Forderung, ist vom Kläger nicht behauptet worden, daß die beklagte Gemeinde ihm von jener Zeit her, innert welcher er definitiv gewählter Inhaber der Pfarrhelferpfründe war, noch Etwas schuldig geblieben sei, und wurde daher auch hierüber nicht gestritten. Es kann sonach nur der

Zeitraum in Betracht fallen, innert welchem Kläger die Pfründe provisorisch inne hatte, und da dieses nach seiner Angabe vom 26. Januar 1877 bis 6. Mai gleichen Jahres der Fall war, diesem Zeitraume aber nach dem angegebenen Maßstabe bloß ein Gesammtbetreffniß von Fr. 232. 70 Rp. entspricht, so kann die Beklagte bloß zur Bezahlung dieses Betrages verhalten werden.

### 2. Liegt im Verkaufe von Sprit in kleinen Quantitäten ein Vergehen?

Krämer R. in W. wurde beklagt, im Kleinen „Schnaps" über die Gasse verkauft zu haben; der Beklagte bestritt diese Behauptung, gab dagegen zu, in kleinen Quanta Sprit verkauft zu haben, dieser falle aber nicht unter die Kategorie „geistiger Getränke", deren Kleinverkauf nach § 2 des Gesetzes über die Wirthschaften vom 31. August 1854 an die Wirthskonzession, welche er allerdings nicht besitze, gebunden sei. Das Bezirksgericht von R. pflichtete dieser Ansicht des Beklagten bei und sprach ihn von Schuld und Strafe frei; das Obergericht dagegen, auf von der Staatsanwaltschaft ergriffene Appellation hin, erkannte, R. habe sich der Uebertretung des § 2 des Wirthschaftsgesetzes (unbefugten Kleinverkaufes gebrannter Wasser) schuldig gemacht, und zwar mit folgender Motivirung:

Der cit. § 2 verbietet in seinem Absatze 2 allgemein den Kleinverkauf „geistiger Getränke" ohne Wirthskonzession und bestimmt in Absatz 3 den unter dieses Verbot fallenden Verkehr näher dahin, daß als Getränkverkäufer im Kleinen derjenige zu betrachten sei, welcher weniger als 12 Maß Wein oder Most oder 5 Maß Bier oder gebrannte Wasser verkauft. Der in letzterer Hinsicht ganz allgemeine Wortlaut dieser Bestimmung gibt nun keinen Anlaß zu der von der ersten Instanz vertretenen einschränkenden Auslegung derselben, in dem Sinne nämlich, daß von jener Bestimmung nur solche Getränke beschlagen werden, „die im gegebenen Zustande, ohne Beimischung einer andern Substanz genießbar sind"; aus innern Gründen aber kann der Richter um so weniger einer solchen einschränkenden Auslegung beipflichten, da es notorische Thatsache ist, daß dermalen ein großer Theil des Konsums von „gebrannten Wassern" in Mischungen von Sprit mit andern Substanzen besteht, so daß bei einer gegentheiligen Anwendung der in Frage stehenden gesetzlichen Bestimmung das daherige Verbot, soweit es gebrannte Wasser beschlägt, praktisch zum großen Theil illusorisch gemacht würde. Zu dieser An-

schauung führt auch die Analogie der einschlägigen Bestimmungen des Finanzgesetzes vom 9. März 1859, welches in § 21 allgemein alle geistigen Getränke und gebrannte Wasser ohne spezielle Aufführung des Weingeistes der Verbrauchssteuer unterwirft und sodann in § 22 unter den einzelnen Kategorien den Weingeist ausdrücklich anführt.

Allerdings muß nun zugegeben werden, daß Sprit vielfach auch zu anderweitigen Zwecken, z. B. als Brennstoff gebraucht wird; allein im gegebenen Falle könnte Beklagter sich auch hierauf mit Erfolg nicht berufen, da die lt. Empfangskontrole demselben gelieferten großen Quantitäten diese Annahme vollständig ausschließen. Uebrigens bietet das regierungsräthliche Reglement über den Ohmgeldbezug vom 22. Juni 1874 im § 3, welcher bestimmt, „Weingeist, welcher zu industriellen Zwecken verwendet wird, ist der Verbrauchssteuer enthoben, insofern der Führer beim Eintrittsbureau auf seine Kosten denselben durch den Ohmgeldeinnehmer denaturiren läßt," ein leichtes Mittel, sich für den Verkauf von Sprit zu gedachtem anderweitigem Gebrauche den Strafbestimmungen des Wirthschaftsgesetzes zu entziehen, von welchem Mittel aber Beklagter vorliegend keinen Gebrauch gemacht hat. (O.-G. 25. Mai 1880, Nr. 2).

### 8. Rückforderungsklage wegen einer in Folge versäumten Rechtsdarschlages bezahlten Nichtschuld. Voraussetzung dieser Rückforderungsklage. Beweislast bei streitiger Verrechnung von Zahlungen.

Jakob X. hatte laut zwei Schuldtiteln Fr. 500 + 100 von Leonz M. zu fordern. Nach dem Tode des Gläubigers Jakob X. betrieb die Erbsmasse desselben den Leonz M. für den betreffenden Betrag von Fr. 600, welche der letztere, da er versäumte, rechtzeitig Recht darzuschlagen, bezahlen mußte. Leonz M. belangt nun, behauptend, er habe schon früher an Erblasser Jakob X. eine Anzahlung von Fr. 450 an die fraglichen Schuldtitel gemacht, so daß er den betreffenden Betrag zweimal bezahlt habe, die Erbsmasse des Jakob X. um Rückzahlung dieser Fr. 450.

Der Kläger wurde bei seinem Begehren obergerichtlich beschützt, indem die beklagtischen Einwendungen, welche aus der nachfolgenden Motivirung zu entnehmen sind, nicht stichhaltig befunden wurden.

Motive: Vorliegend handelt es sich um eine Rückforderung nach § 48 des Sch. B.-G. zufolge versäumten Rechtsdarschlages. Diese Rückforderungsklage ist mit der in § 766 des b. G.-B. enthaltenen gemeinrechtlichen condictio indebiti wegen irrthümlicher aber freiwilliger Bezahlung einer Nichtschuld nicht zu identifiziren; denn die Rückforderungsklage, welche sich auf den angeführten § 48 des Sch. B.-G. stützt, hat ihren Grund in der Eigenthümlichkeit des deutsch-schweizerischen Betreibungsverfahrens, so daß hier der Kläger nicht wie bei der condictio indebiti zu beweisen, daß ein faktischer Irrthum obgewaltet, sondern nur darzuthun hat, daß der in Folge versäumten Rechtsdarschlages bezahlte Betrag eine Nichtschuld gewesen ist. (Vergl. Entscheid des Obergerichts vom 23. Nov. 1871, Seite 72, Nr. 10).

Hier ist nun erstellt, und übrigens unbestritten, daß Kläger an den frühern Inhaber der beiden in Rede stehenden Titel von Fr. 500 und Fr. 100, d. h. an den Erblasser der Beklagten, unterm 20. August 1878 eine Anzahlung von Fr. 450 geleistet hat. Freilich behaupten nun Beklagte, es habe Kläger dem Erblasser noch andere und zwar ältere Titel geschuldet, und sei fragliche Anzahlung offenbar an jene älteren Titelschulden gemacht worden. Allein Kläger bestreitet eine solche anderweitige Schuld. In einem solchen Falle hat nun nach bisheriger obergerichtlicher Praxis nicht der Schuldner zu beweisen, daß die Zahlung gerade an die streitige Forderung gemacht worden, sondern dem Gläubiger liegt vielmehr die Beweislast für die frühere Existenz einer andern Forderung ob. (Vergl. bern jurist. Zeitschrift, Bd. III, S. 361, Nr. 3). Dieser Beweis ist vorliegend vom Beklagten nicht rechtsgenüglich erstellt worden. Es muß somit angenommen werden, daß Kläger bei Bezahlung der betriebenen Fr. 680. 52 Rp. im Belange des eingeklagten Betrages eine Nichtschuld bezahlt habe, und sind daher Beklagte zur Rückvergütung dieses Betrages zu verhalten. (O.-G. 30. Juni 1880, Nr. 2).

### 4. Actio resp. exceptio pauliana gegen die mit einer Heirathssteuer bedachte Tochter; Scheingeschäft.

Am Konkurse des Joseph K. reklamirte die Tochter des Konkursiten, Frau Sophie B., zwei Gülten von je 2000 Fr., gestützt auf einen Abtretungs-Akt vom 17. März 1877, worin ihr Vater diese 2 Instrumente ihr für Aussteuer abgetreten zu haben erklärt. Einige Kreditoren des Konkursiten Jos. K. bestritten diese Forde-

rung wesentlich aus dem Grunde, weil das Klagebegehren sich auf ein Rechtsgeschäft stütze, das zur Benachtheiligung der rechtmäßigen Konkurskreditoren des Abtreters K. abgeschlossen sei (exceptio pauliana). Obergerichtlich wurde die Klägerin mit ihrer Forderung abgewiesen.

Motive: Es kann bei Beurtheilung des fraglichen Abtretungsgeschäftes, datirt vom 17. März 1877, zunächst gefragt werden, ob die demselben ausdrücklich zu Grunde gelegte causa cessionis, Hingabe für „Aussteuer", wirklich bestanden habe, oder ob es sich in Wirklichkeit um eine bloße Schenkung, beziehungsweise um eine Guthabensentäußerung zum Nachtheile der rechtmäßigen Konkursgläubiger des Abtreters Jos. K. gehandelt habe. In beiden Fällen gelangt jedoch der Richter zu dem gleichen Resultate, daß nämlich die Beklagten bei ihrer Bestreitung zu beschützen seien. Denn wollte auch jene Guthabensentäußerung als eine Aussteuer der Klägerin von Seite ihres Vaters K. aufgefaßt, beziehungsweise der angegebene Abtretungsgrund als wahr angenommen werden, so müßte das Rechtsgeschäft immerhin nicht als ein oneroses, sondern als ein lukratives, resp. als eine Schenkung betrachtet werden. Denn die Bestellung der Aussteuer für eine Tochter beruht weder auf einer Rechtspflicht des Vaters, noch setzt sie eine Gegenleistung von Seite der Tochter voraus. Man könnte allerdings behaupten, die Bestellung einer Heirathsaussteuer für die Tochter gehöre nicht zu den rein willkürlichen Handlungen des Vaters, sondern beruhe auf einer moralischen Verpflichtung desselben. Aber auch diese Annahme als richtig vorausgesetzt, könnte sie den Charakter der Schenkung nicht alteriren. Denn in diesem Falle wäre eine sog. renumeratorische Schenkung gegeben. Nun greifen aber nach allgemeinen Rechtsgrundsätze die bei der Schenkung im eigentlichen Sinne geltenden Regeln auch bei der sog. remuneratorischen Schenkung Platz. Arndts, Lehrbuch der Pandekten, X. Aufl., § 83; Savigny System, Bd. IV, § 153. Zur Begründung der actio resp. der exceptio pauliana bei einer Schenkung genügt es aber nach bisheriger Praxis in Uebereinstimmung mit der herrschenden Doktrin vollständig, wenn der animus fraudandi beziehungsweise die Absicht, die Gläubiger zu verkürzen, nur auf Seite des Gebers vorliegt, ohne daß dabei erforderlich ist, daß der Empfänger von der vorhandenen oder eintretenden Insolvenz Kenntniß gehabt habe. (Vergl. Entscheid des Obergerichts vom 1. Mai 1875, Nr. 6, und vom 1. August 1877, Nr. 1).

Daß nun im gegebenen Falle Vater Joseph K. die Absicht hatte, die übrigen Gläubiger durch die fragliche Schenkung zu

verkürzen, steht auf Grund des hierseitigen Strafurtheils vom 11. Oktober ohne Weiteres fest.

In Wirklichkeit handelte es sich aber bei jener Abtretung offenbar um ein bloß fingirtes Rechtsgeschäft, welches Angesichts des drohenden Konkurses zur Verkürzung der Gläubiger abgeschlossen worden ist. Dieß ergibt sich zur Evidenz aus der zu den gegenwärtigen Akten edirten Strafprozedur gegen Joseph K. und Mith. betreffend betrüglichen Bankerott, wie denn auch Abtreter K. im bereits angeführten Strafurtheile u. A. gerade mit Bezug auf jenes Veräußerungsgeschäft als betrüglicher Bankerottirer nach § 232 litt. a und b des K.-B.-G. bestraft worden ist. (O.-G. 16. Juli, Nr. 5).

**5. Werkverdingung (locatio conductio operis) oder Kaufsgeschäft — Handelsgeschäft — Zur Frage der Anzeige- und Untersuchungspflicht bei Mängeln eines Kaufsobjektes.**

Zwischen der Firma Sch. u. B. in Thalwil (Zürich) und der Kontinentalaktiengesellschaft für Wasser- und Gasanlagen in Berlin wurde unter dem 28. August 1874 ein Vertrag abgeschlossen, zufolge welchem Erstere sich verpflichtete, für die Wasserleitung in Luzern ein schmiedeisernes Rohr von 350 mm innerm Durchmesser, und 16 Meter Länge in 11 langen Stücken gegen einen bestimmten Preis zu liefern. In dem Vertrage wurde unter Anderm noch bestimmt:

6. c. Das Rohr wird, sobald es vollendet ist, auf dem Fabriketablissement zusammengestellt und mit einem hydraulischen Druck von 30 Atmosphären probirt, wobei es sich als untadelhaft und dicht erweisen muß. Nach der Ablieferung im Bahnhof in Luzern sind die Lieferanten aller weitern Verantwortlichkeit enthoben.

Ende Dezember 1874 trat nun an die Stelle der Kontinentalaktiengesellschaft der Stadtrath von Luzern Namens der Stadtgemeinde in den Vertrag ein.

Am 19. Januar 1875 erfolgte die Versendung des Rohres nach Luzern wo es im Bahnhof am 20. gleichen Monats ankam und dem Vertreter des Stadtrathes übergeben wurde. In dem betreffenden Frachtbriefe war die Bemerkung enthalten: „Reklamationen, welche nicht unter 8 Tagen nach Empfang der Waare

gemacht werden, können wir nicht mehr berücksichtigen und entschlagen uns aller Verantwortlichkeit."

Auf Verlangen der Verwaltung der Wasserversorgung der Stadt Luzern wurde nun eine gerichtliche Expertise ernannt, welche das gelieferte Rohr zu untersuchen hatte. Durch die Expertise wurde konstatirt, daß das Werk insoweit fehlerhaft sei, daß die Flansche ihrer Zweckbestimmung nicht entspreche. Mittelst Anzeige vom 25. März 1875 wurde von der Beklagten dem Kläger von dem fehlerhaften Zustande mit dem Bemerken, daß sie denselben für den Schaden verantwortlich mache, Kenntniß gegeben, welche Anzeige von Kläger bestritten wurde.

Als nun in der Folge die Firma Sch. u. B. eine Restanzforderung für das gelieferte Rohr von Fr. 6565. 55 von dem Stadtrath Namens der Stadtgemeinde Luzern geltend machte, stellte Letzterer eine Gegenforderung von Fr. 20,212. 57 für direkten und indirekten Schaden, welcher ihr wegen theilweiser Unbrauchbarkeit des erstellten Werkes erwachsen sei. Die Kläger bestritten diese Gegenforderung unter Anderm wesentlich aus dem Grunde, weil jede Reklamation bezüglich des gelieferten Werkes verspätet sei, indem nach 6, c. des Vertrages nach Ablieferung im Bahnhof in Luzern die Lieferanten jeder weitern Verbindlichkeit enthoben seien. Die im Vertrage vorgeschriebene hydraulische Probe habe im Fabriketablissement Thalwil in Gegenwart des Mitkontrahenten stattgefunden. Von einer weitern in Luzern vorzunehmenden Probe sei in dem Vertrage nichts enthalten.

Obergerichtlich wurde diese Reklamation nicht als verspätet angenommen und die Gegenforderung, wenn auch nicht der Größe nach, doch grundsätzlich begründet gefunden.

Motive: Es muß bei Beurtheilung des vorliegenden Prozesses gefragt werden, ob das Rechtsverhältniß, welches durch den Vertrag vom 28. August 1874 zwischen den Parteien begründet worden ist, als eine Werkverdingung, wie die erste Instanz annimmt, aufzufassen sei, oder aber ob es sich bei jenem Vertrage um ein Kaufsgeschäft gehandelt habe?

Nach hierseitiger Anschauung ist das Letztere der Fall. — Durch den erwähnten Vertrag wurde Seitens der Kläger die Verpflichtung übernommen, ein schmiedeisernes Rohr von verträglich bestimmten Dimensionen gegen einen ebenfalls verträglich bestimmten Preis, ohne daß der Besteller das Material herzugeben hatte, zu liefern; die Intention der Parteien ging daher nicht sowohl auf eine Dienstleistung, die zum Zwecke der Erstellung des fraglichen Werkes erforderliche Arbeit, sondern war vielmehr das vollendete Werk; also eine Sache, Gegenstand des Vertrages.

Gemeinrechtlich gilt denn auch, daß in der Regel solche Verträge, sofern dabei der Uebernehmer das Material liefert, als Kaufsgeschäfte und nicht als Lohnverträge aufzufassen seien (s. L. 20 L. 65 Dig. 18, 1), wie denn auch das unserm bürgerlichen Gesetzbuche zu Grunde liegende österreichische bürgerliche Gesetzbuch in § 1158 ausdrücklich eine Rechtsvermuthung in diesem Sinne aufstellt. Es können sonach für die Beurtheilung des vorliegenden Rechtsverhältnisses nicht die §§ 655 ff. des b. G.-B. maßgebend sein, sondern müssen diesfalls die gesetzlichen Bestimmungen über den Kauf zur Anwendung kommen.

Hieraus folgt, daß vorliegend die Beklagte die Befugniß zu allfälligen nachherigen Reklamationen wenigstens von Gesetzeswegen nicht verloren hatte; denn die gesetzlichen Bestimmungen und eine bisherige konstante gerichtliche Praxis legen der Annahme der gekauften Sache, wenn das betreffende Kaufsgeschäft nicht unter die rechtliche Kategorie eines Handelsgeschäftes fällt, keine solche spätere Reklamationen präcludirende Wirkung bei, wie dieses hinsichtlich der Werkverdingung der Fall ist. Nun kann aber die Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen für Andere, selbst wenn der Gewerbsbetrieb des Unternehmens über den Umfang des Handwerkes hinausgeht, resp. in den Bereich des Fabrikanten fällt, nicht unter allen Umständen als Handelsgeschäft aufgefaßt werden. So gehören nach allgemein anerkannten handelsrechtlichen Grundsätzen die Kaufs- und Lieferungsgeschäfte, welche ein Fabrikant mit Personen, die nicht als Kaufleute sich qualifiziren, und wo die Absicht des Käufers nicht auf eine Weiterveräußeerung mit Gewinn gerichtet ist, abschließt, keineswegs zu den Handelsgeschäften. (Vergl. Endemann Handelsrecht, 2. Aufl., S. 23; Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, 2. Aufl., I. Bd., S. 563). Daß es vorliegend daher nach dem Angeführten sich um kein Handelsgeschäft handelt, liegt auf der Hand.

Dagegen fragt es sich, ob im gegebenen Falle eine Reklamationsfrist verträglich festgesetzt worden sei? Allerdings enthält nun der Vertrag vom 28. August 1874 die Bestimmung: „Nach Ablieferung am Bahnhof Luzern sind die Lieferanten aller weiteren Verbindlichkeiten enthoben"; und im Weitern enthält der Frachtbrief, welcher der Sendung vom 19. Januar 1875 beilag, die Bemerkung: „Reklamationen, welche nicht unter 8 Tagen nach Empfang der Waare gemacht werden, können wir nicht mehr berücksichtigen, und entschlagen wir uns aller Verantwortlichkeit."

Gleichwohl können sich Kläger auf eine solche verträgliche Reklamationsfrist vorliegend nicht berufen. Gemäß zitirtem Ver-

trage vom 28. August 1874 hatte zuvor eine Probe des Rohres im Etablissement der Kläger stattzufinden; durch das Gutachten der gerichtlichen Experten ist nun aber erstellt, daß die dortseits stattgehabte Probe, wobei bloß je drei Rohre zusammengeschraubt und mit dem verträglich vorgesehenen Drucke von 30 Atmosphären probirt wurden, ungenügend war; eine Billigung derselben kann in der zufälligen Anwesenheit und Nichtreklamation eines Mitgliedes der beklagten Behörde nicht gefunden werden. Wenn daher die Beklagte erst nach Ablauf von 2 Monaten reklamirt hat, nachdem sich das Werk bei der in Luzern mit dem gesammten Rohre vorgenommenen Probe als unzureichend erwiesen hatte, so war die Reklamation troß der angeführten verträglichen Bestimmung immer noch rechtzeitig, weil erst jetzt die ausbedungene Probe in der nach dem gerichtlichen Expertengutachten einzig zureichenden Art und Weise stattgefunden hatte.

Durch das gleiche Gutachten ist ferner konstatirt, daß das von den Klägern gelieferte Werk insoweit ein mangelhaftes gewesen ist, als die betreffenden Flanschen für ihre Zweckbestimmung zu schwach waren. (Antw. auf Frage 6. der Beklagten). Hierauf muß im Grundsatz und Maß die klägerische Entschädigungspflicht bemessen werden: einem Zweifel kann es daher nicht unterliegen, daß die Kläger für den konstatirten Mangel des gelieferten Werkes dem Beklagten grundsätzlich entschädigungspflichtig sind. (O.-G., 31. Juli, Nr. 5).

### 6. Begründet die außereheliche Abstammung von einem Korporationsbürger als solche ohne weiteres eine Berechtigung dieses Abstämmlings auf das Korporationsgut?

Peter G. verlangt von der Korporationsgemeinde S. Anerkennung als nutzungsberechtigter Bürger derselben und beruft sich zur Begründung dieses Begehrens darauf, daß er unehelicher, gerichtlich zugesprochener Sohn des Peter G. sel. sei und sein Vater Korporationsbürger von Sempach war, im Uebrigen besitze Kläger die erforderlichen Requisite für das Korporationsbürgerrecht, bezw. die daherige Nutzungsberechtigung (Alter von 25 Jahren und Besitz der bürgerlichen Ehren und Rechte); das Korporationsreglement enthalte keine Ausschlußbestimmung für uneheliche Kinder und die bezügl. Bestimmung des § 103 des b. G.-B. sei durch das neue Gesetz über die unehelichen Kinder vom Jahr 1865

aufgehoben und stehe im Uebrigen in Widersprnch mit Art. 4 der schweiz. und Art. 5 der luzern. Staatsverfassung.

Beklagte bestreitet diese Ausführungen, soweit hiemit eine Berechtigung des außerehelichen Sohnes eines Korporationsbürgers auf das Korporationsgut nachgewiesen werden will, und schließt daher auf Abweisung des Klagebegehrens.

Obergerichtlich wurde erkennt:

Beklagte sei nicht verhalten, den Kläger als Korporationsbürger der Korporationsgemeinde Sempach anzuerkennen und demselben den dießjährigen und inskünftigen Bürgernutzen laut Reglement auszubezahlen.

Motive: Aus der, Seitens der Beklagten zugestandenen Thatsache, daß das Korporationsreglement von 1852 keine Ausschlußbestimmung hinsichtlich unehelicher Kinder enthält, kann Kläger keinen Grund für sein Begehren ableiten, im Jahre 1852 war die Aufnahme einer solchen Bestimmung in das Korporationsreglement vollständig zwecklos, da dieselbe bereits in allgemein verbindlicher Weise in § 103 des bürgerl. Gesetzbuches aufgenommen war.

Wenn sich sodann Kläger darauf beruft, es sei dieser § 103 durch das neue Gesetz betreffend die unehelichen Kinder vom 12. Herbstm. 1865 aufgehoben und enthalte dieses Gesetz keine solche Ausschlußbestimmung mehr, so ist auch dieses vollends unzutreffend. Vorab könnte hieraus noch nicht gefolgert werden, daß nunmehr ohne Weiteres dem außerehelichen Abstämmlinge eines Korporationsbürgers, und zwar auch dem vor 1865 gebornen, eine Berechtigung auf das Korporationsgut zustehen müsse, sodann hätte die Aufnahme dieser Bestimmung in das Gesetz von 1865 überhaupt keinen Sinn mehr gehabt, da seither aus der außerehelichen Abstammung von einem bestimmten Vater ohnehin keine staatsbürgerlichen Rechte mehr abgeleitet werden können.

Eine Verfassungsverletzung in dem vom Kläger gemeinten Sinne kann endlich die Nichtberechtigung unehelicher Söhne auf das Korporationsgut, an welchem der außereheliche Vater nutzungsberechtigt war, ebenso wenig begründen, als die Bestimmung, daß uneheliche Kinder Ortsbürgerrecht und Geschlechtsnamen der Mutter erhalten und ihnen ein Erbrecht auf den väterlichen Nachlaß wie den ehelichen Kindern nicht zusteht. (O.-G., 15. Sept., Nr. 4).

## 7. Zur Frage der Ursatzforderung beim Bestandvertrage. (Art. 650, 652 des b. G.=B.)

Zwischen Alois B. als Verpächter und X. als Pächter wurde unterm 26. Juni 1873 ein Pachtvertrag betreffend die Liegenschaft A abgeschlossen. Nach dem Pachtvertrag, resp. nach c 19 desselben, hatte jede Partei das Recht, jeweilen ein halbes Jahr vor Mitte Mai die Pacht zu künden, aber dann auch die Pflicht, 800 Fr. Ursatz zu bezahlen.

Durch rechtskräftiges gerichtl. Urtheil vom 19. Oktober 1877 wurde diese Pacht auf Verlangen des Verpächters aufgehoben, und der Pächter X. angehalten, die gepachtete Liegenschaft sofort zu verlassen. Die Pachtaufhebung erfolgte gestützt auf 651 c 3 des b. G.=B., indem der Pächter troß erfolgter rechtlicher Aufforderung den verfallenen Zins nicht innert dreißig Tagen bezahlte. und daher der Verpächter berechtigt wurde, die sofortige Aufhebung des Vertrages zu fordern.

Nach dieser gerichtlichen Aufhebung der Pacht wurden nun sowohl vom Verpächter gegen den Pächter, als auch von Letzterm gegen den Erstern diverse Forderungen gestellt. Unter Anderm machte der Verpächter Alois B. gegen den Pächter X. eine Ursatzforderung von 800 Fr. geltend.

Obergerichtlich wurde aber der Verpächter mit dieser Forderung abgewiesen.

Motive: Gemäß Pachtvertrag zwischen den Litiganten hatte freilich sowohl der Verpächter als der Pächter vor Ablauf des Pachtvertrages das Recht, jeweilen ein halbes Jahr vor Mitte Mai die Pacht zu künden, aber dann auch die Pflicht, 800 Fr. Ursatz zu bezahlen. Vorliegend ist aber die Pacht nicht in Folge vorzeitiger Aufkündung des Pächters aufgehoben worden, und kann daher dieser, da er von dem verträglichen Rechte nicht Gebrauch gemacht, auch nicht zur verträglichen Pflicht des Ursatzes von 800 Fr. angehalten werden. Vielmehr war es der Verpächter, welcher allerdings auch nicht gestützt auf den Pachtvertrag, sondern in Hinsicht auf das durch den § 651 c 3 ihm gesetzlich eingeräumte Recht den Vertrag rechtzeitig gekündet hat, und daher auch seinerseits, weil er nur von seinem Rechte Gebrauch gemacht, keinen Ursatz zu leisten hatte. Was aber von dem verträglich bestimmten Ursatz gilt, das hat auch Geltung von der in §§ 650 und 652 des b. G.=B. gesetzlich bestimmten Entschädigung bei vorzeitiger Kündigung der Pacht. Denn wie diese Art. 650 u. 652 des b. G.=B. dem Bestandnehmer, resp. Bestandgeber das Recht der

vorzeitigen Aufkündigung des Bestandvertrages gegen Leistung der gesetzlichen Entschädigung ohne Nachweis eines entstandenen Schadens einräumen, so geben die Art. 649 u. 651 dem Bestandnehmer resp. Bestandgeber das Recht, in den dort angegebenen Fällen den Bestand vorzeitig aufzuheben, ohne für diese vorzeitige Aufhebung als solche eine Entschädigung leisten zu müssen. Die Art. 650 und 652 enthalten nämlich singuläre Ausnahmsbestimmungen für den Fall freiwilliger vorzeitiger Aufkündigung von Seite des Bestandnehmers resp. Bestandgebers, welche Ausnahmsbestimmungen nicht ausdehnend interpretirt resp. auf die Fälle der Art. 649 und 651 angewendet werden können. (O.-G., 15. Okt., Nr. 7.)

## 8. Haftung der Architekten für Mängel des Baues bei Anordnung des Bauherrn.

Architekt S. fordert für verschiedene Bauten, die er für Alexander C. leitete, unter Anderem auch für englische Kamine, die unter seiner (des Klägers) Leitung in der Wohnung des Beklagten angebracht worden, von Letzterem das Honorar. Der Honoraranspruch betreff der Herstellung der englischen Kamine wurde vom Beklagten bestritten, resp. Reduzirung desselben aus dem Grunde verlangt, weil die betreffenden Kamine in Folge ihrer Anlage unbrauchbar seien. Der Kläger dagegen macht replicando geltend, daß, wenn die Kamine verfehlt erstellt seien, dieses nicht ihm (dem Kläger), sondern dem Beklagten zur Last falle, indem die Erstellung in der Art und Weise erfolgt sei, wie es von dem Beklagten befohlen worden sei. Aus der gerichtlichen Expertise, welche auf Verlangen der Litiganten bestellt worden, resultirt: 1. Die Kamine seien am Rauchzuge angebracht, welche für den Rauchabzug ungenügend seien, da sie nicht für offenes Steinkohlenfeuer berechnet gewesen. Auch seien sie nicht ganz feuerungefährlich. 2. Für Ausführung, die entgegen den Bestimmungen und Anordnungen des bauleitenden Architekten durch bestimmte Wünsche und Befehle des Bauherrn vollführt werden, kann der Architekt nicht mehr verantwortlich gemacht werden.

Obergerichtlich wurde nun die Einwendung des Beklagten nicht stichhaltig befunden.

Motive: Wenn auch der Entscheid über die Frage, ob der bauleitende Architekt, wenn er die bestimmten Wünsche und Befehle des Bauherrn vollführt, nicht mehr verantwortlich gemacht werden könne, allerdings kaum in das Bereich einer Expertise ge-

hört, so erscheint die daherige Ansicht der Experten insoweit richtig, als der bauleitende Architekt den Bauherrn noch auf das Unzukömmliche des Gewünschten aufmerksam gemacht hatte; denn nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen wird bei der Werkverdingung in denjenigen Fällen, wo der Besteller bei fehlender eigener Sachkenntniß auf diejenige des Unternehmers sich verlassen muß, der Letztere nicht schon durch den Umstand von der Verantwortlichkeit befreit, daß er (der Unternehmer), indem er den Fehler beging, in besonderem Auftrage des Bestellers handelte, sondern erst dadurch, daß er den Besteller auf die nachtheiligen Folgen seines Auftrages aufmerksam machte, und daß dessenungeachtet dieser auf seiner Ansicht beharrte (vergl. Keller, Pandekten, II. Aufl., Bd. II, S. 88). Daß nun dieses letztere Erforderniß, um den Unternehmer zu entlasten, hier, wo derselbe ein Architekt ist, bei dem besondere Sach- und technische Kenntniß vorausgesetzt wird, vorliege, muß unzweifelhaft angenommen werden.

Nun ist vorliegend einerseits durch den Zeugenbeweis, anderseits durch Zugabe des Beklagten erstellt, daß der Kläger die Kamine in anderer Weise anbringen wollte, der Beklagte, resp. dessen Frau, die Erstellung aber in der erfolgten Art und Weise befohlen hat, und daß troß Abmahnung von Seite des Klägers, die Beklagtschaft an diesem Befehle festhielt. Unter diesen Umständen kann dem Kläger kein Verschulden zur Last gelegt werden, in Folge dessen ein Abzug vom Honorar desselben rechtlich nicht begründet ist. (O.-G., 16. Oktober, Nr. 2.)

## 9. Zur Frage der Haftbarkeit der Ehefrau für die Schulden des verstorbenen Ehemannes.

Jos. W. und Gebr. F. verlangen Gutsprechung ihrer aus früherem Geschäftsverkehr mit J. G. F. sel. erworbenen Forderung von 3273 Fr. 96 Ct. auf der beklagten Ehefrau desselben, sowie Beschützung des Arrestes, welchen sie für diese Forderung auf den der Frau und Kindern F. laut früherem gerichtlichen Urtheile zufallenden Antheil an der mit dem Tode des Ehemannes F. fällig gewordenen Versicherungspolice im Betrage von Fr. 5852.80 erwirkt haben.

Zur Begründung dieser Begehren machen Kläger geltend:

a) ihre Forderungen seien liquid und richtig;
b) die Beklagte, Frau F., schulde dieselben:

aa. nach § 1409 des Code civil, welcher mit Rücksicht auf die Thatsache, daß die Eheleute F. im Jahre 1873 im Elsaß unter Herrschaft des französischen Rechtes sich verehelicht haben, seine Anwendung finden müsse, und wonach zu dem Passivbestande der ehelichen Gütergemeinschaft alle Schulden gehören, welche der Mann während der Ehe gemacht habe;

bb. nach § 414 der b. G.-B. und § 778 des Code civil, wonach Beklagte die Erbschaft stillschweigend angenommen habe;

c) der erwirkte Arrest sei nach § 59 A, Ziff. 2 und 3 und B, Ziff. 1 und 3 des Sch. B.-Ges. begründet.

Beklagte verlangt Abweisung der Kläger und Aufhebung des Arrestes, denn:

a) die klägerischen Forderungen seien nur gegenüber der Konkursmasse des J. G. F. sel., nicht aber auch der Beklagten gegenüber liquid:

b) Beklagte schulde die Forderung nicht. Vorab sei vorliegend Luz.-Recht maßgeben, § 6 des b. G.-B., und hienach hafte die Frau für die Schulden des Mannes nicht; eine Annahme der Erbschaft liege nicht vor. Aber auch nach franz. Recht muß das Klagebegehren abgewiesen werden in Rücksicht auf §§ 1401 und 1441 des Code civil; die Police falle nicht unter das Aktivvermögen der Gütergemeinschaft, weil sie erst nach dem Tode des Mannes angefallen sei. —

Obergerichtlich wurde erkennt:

Die Forderungen der Kläger von zusammen Fr. 3273 96 seien auf beklagtische Frau F. geb. W. nicht gutgesprochen und der dafür erwirkte Arrest gerichtlich aufgehoben.

Es ist vorliegend die Frage zu prüfen, ob die Beklagte für die Schulden ihres verstorbenen Ehemannes im Sinne der Klage haften müsse oder aber nicht. Hiebei mag die unter den Parteien streitige Frage, ob vorliegend französisches oder aber luzernerisches Recht zur Anwendung kommen müsse, unentschieden bleiben, indem, wie es sich ergeben wird, das Endresultat das gleiche bleibt, ob der Richter die gegebenen faktischen Verhältnisse auf Grund der einschlagenden Bestimmungen des luzernerischen oder des französischen Rechts prüft.

Im einen wie im andern Falle ist die gegebene Frage zu verneinen.

1. Außer Zweifel steht, daß nach hierseitigem Rechte die Beklagte für die fragl. von ihrem verstorbenen Ehemanne kon-

trahirte Schuld aus dem Gesichtspunkte des ehelichen Güterrechtes nicht haftbar gemacht werden kann. Wenn dann aber die Klägerschaft diese Haftbarkeit aus erbrechtlichen Gründen ableiten will, weil die Beklagte nach dem Ableben ihres Ehemannes (27. Sept. 1879) einzelne Forderungsposten für von demselben gelieferte Schmiedearbeit einkassirt, und hiemit (durch konkludente Handlungen) die Erbschaft angetreten habe, so ist dießbezüglich Folgendes zu bemerken:

a) Es ist allerdings theilweise zugestanden, theilweise bewiesen, daß die Beklagte nach dem Tode ihres Mannes bis Ende Oktober 1879 einige kleinere Posten einkassirte, welche sie zur Bestreitung der Abwart- und Leichenkosten verwendet haben will.

b) Allein abgesehen vorderhand von der Frage, ob diese Inkassi an und für sich als die Annahme einer Erbschaft begründende konkludente Handlungen betrachtet werden könnten, fällt vorliegend in Betracht, daß die Beklagte überhaupt nicht berechtigt war, als Erbin ihres verstorbenen Gatten sich zu geriren und Handlungen vorzunehmen, welchen die rechtlichen Wirkungen eines Erbschaftsantrittes zukommen. Gemäß § 350 des b. G.-B. sind die ehelichen Kinder zunächst zur Erbschaft ihres Vaters berufen und hat die Wittwe bloß einen Anspruch auf Nutznießung (§ 418 d.), denn wer nur die Nutznießung hat, kann nicht als Erbe, im juristisch technischen Sinne des Wortes, angesehen werden, indem das Kriterium des Erbrechtes eben darin besteht, daß Jemand in alle Rechte und Verbindlichkeiten eintritt, welche einer Verlassenschaft angehören, oder auf derselben lasten, das Erbrecht also durch eine Universal-Succession begründet wird, was eben bei der Nutznießung nicht der Fall ist. Da aus der Ehe mit J. G. F. sel. Kinder vorhanden sind, so war demnach die Beklagte in erster Linie überhaupt zur Erbschaft nicht berufen und konnte dieselbe faktisch auch nicht antreten. (Vgl. Entscheid des Obergerichts vom 24. Mai 1877.)

c) Ueberdem war die Beklagte zur Einmischung in die Erbschaft auch aus dem Grunde nicht berechtigt, weil der Nachlaß des J. G. F. sel. unter der Aufrechnung lag, und in der Folge unterm 11. Oktober 1879 der Konkurs darüber ausgebrochen ist. Die einkassirten Ausstände gehörten daher in die Masse und stund weder der Beklagten noch sonst Jemand außer dem Konkurs-Offizium eine Befugniß zu, dieselben zu beziehen.

Nach beiden Richtungen hin können aber nur solche Handlungen eine Erbschaftsannahme begründen, zu welchen der Betreffende berufen und berechtigt war. Darüber ob Beklagte für fragl. Inkassi Rückvergütung zu leisten habe, wurde nicht verhandelt und ist deßhalb hierüber auch nicht zu entscheiden.

d) Hiezu kommt, daß die Kläger selber die Beklagte seiner Zeit nicht als Erbin behandelt wissen wollten, denn einmal haben sie mit andern Kreditoren den Konkurs über den Nachlaß des J. G. F. sel. herbeigeführt, und sodann auch alle Reklamationen der Beklagten im Konkurse bestritten, also unzweideutig zu erkennen gegeben, daß Beklagte nach ihrer Ansicht nicht als Erbin, d. h. als Universal-Rechtsnachfolgerin in den Nachlaß des Ehemannes zu betrachten sei. Dadurch, daß der Konkurs verlangt und durchgeführt worden, ist die Annahme der Erbschaft ohne Weiteres ausgeschlossen, und zwar, wie angeführt, durch eigene Mitwirkung der Kläger.

2. Ebenso kann Beklagte nach französischem Rechte für fragliche Schuld nicht haftbar gemacht werden.

a) daß dieselbe hienach nicht als Erbin des Ehemannes behandelt werden kann, ergibt sich aus §§ 731, 745 und 767 des Code civil;

b) Beklagte haftet aber auch nicht aus Grund der ehelichen Gütergemeinschaft.

Wenn auch angenommen werden muß, daß die in Frage liegenden klägerischen Forderungen zum Passivbestande der ehelichen Gütergemeinschaft gehörten (§ 1409, Code civil und Zachariä Handbuch des franz. Civilrechts, 3. Bd., S. 194), so ist andererseits zu berücksichtigen, daß die Gütergemeinschaft gemäß § 1441 cod. durch den Tod des J. G. F. sel. aufgelöst worden, und daß Beklagte die Annahme derselben weder ausdrücklich noch stillschweigend erklärt hat (1453 des Code civil). Ersteres ist weder behauptet noch bewiesen. Letzteres aber kann aus den erwiesenen Inkassi der Beklagten nicht gefolgert werden; dieselben beschränken sich auf wenige unbedeutende Posten und erscheinen vorliegend mehr als bloß verwaltende oder erhaltende Handlungen im Sinne der §§ 1454 und 779 des Code civil, da die Abwart- und Leichenkosten u. s. w. eben bezahlt werden mußten; im Uebrigen trifft auch hier das unter Ziff. 4 litt. c oben Gesagte zu.

Nach dem Angeführten hat demnach Beklagte für die klägerischen Forderungen mit ihrem Vermögen nicht einzustehen. Es

muß daher auch der hiefür erwirkte Arrest auf das fragl. Guthaben der Beklagten als materiell unbegründet aufgehoben werden und ist nun die formelle Zulässigkeit dieses Arrestes weiter nicht mehr zu prüfen. (O.-G., 30. Okt. 1880).

## Entscheidungen des aarg. Obergerichts aus den Monaten Januar bis März 1881.

Von Oberrichter Fr. Schneider.

**1. Alimentationssache. Fristliche Einrede. Der die Einrede gut heißende Entscheid verliert seine Wirksamkeit, sobald die Thatsache, durch die sie begründet worden, weggefallen.**

(Urtheil vom 26. Januar 1881.)

Die Mutter eines außerehelich geborenen Kindes hatte den J. St. von A. als dessen Vater bezeichnet; da derselbe sich weigerte, die ihr versprochene Ehe zu vollziehen, so erhob sie gegen ihn eine Alimentationsklage. Diese Klage wurde am 23. Sept. 1878 dem Bezirksgericht vorgelegt und der Klägerin von demselben das Klagrecht ertheilt. Infolge dieser Schlußnahme erließ der Gerichtspräsident unterm 26. September 1878 den Kompetenzbescheid und verfügte, daß die Klage an den Beklagten zugestellt werde und dieser bis 30. Oktober 1878 seine Vernehmlassung einzureichen habe. Laut Zeugniß des Postamtes vom 2. Oktober konnte die Zustellung nicht erfolgen; es wurde angegeben, daß der Beklagte „verreist" sei. Hierauf erfolgte eine öffentliche Aufforderung an den Beklagten, in dem Sinne, daß er bis zum 31. Oktober seine Rechtsvorkehr auf die in der Gerichtskanzlei niedergelegte Klage einzureichen habe. Alsdann ließ der Beklagte eine fristliche Einrede einreichen, des Inhalts, schon vor Einreichung der Klage habe er seinen Wohnsitz in Neuenburg genommen, woselbst er die Bierbrauerei erlerne und sei er daher im Falle, zu verlangen, daß das Bezirksgericht nach Art. 59 der Bundesverfassung als incompetent erklärt werde. — Die Einrede wurde vom Bezirksgericht abgewiesen, allein vom Bundesgericht in Folge einer gegen die bezirksger. Entscheidnng geführten Beschwerde und

zwar unter Hinweisung auf Art. 59 der Bundesverfassung gutgeheißen.

Unterm 10. Nov. 1880 machte die Klägerin dem Gerichtspräsidium die Anzeige, daß der Beklagte in seine Heimathgemeinde zurückgekehrt sei und verband damit das Gesuch, es sei demselben die Alimentationsklage (die unterdessen auf der Gerichtskanzlei liegen geblieben) mit entsprechender Verfügung zur Vernehmlassung neuerdings zuzustellen. Am 13. November 1880 hatte das Gerichtspräsidium die Zustellung der Klage an den Beklagten verfügt und frägt es sich nun, ob diese Verfügung als zulässig und begründet erscheine.

Der Beklagte bestreitet die Statthaftigkeit der Verfügung und beruft sich hiebei auf den Entscheid des schweiz. Bundesgerichts. Als diese Entscheidung erlassen worden, hatte der Beklagte seinen Wohnsitz wirklich in Neuenburg und konnte er daher damals vor dem Bezirksgericht seines Heimathortes nicht belangt werden. Nachdem nun aber der Beklagte in seine Heimathgemeinde zurückgekommen, so ist der bundesgerichtliche Entscheid nicht mehr als wirksam anzusehen. Durch die als begründet erklärte Einrede der Nichtzuständigkeit des Bezirsgerichts ist die Klage nicht zerstört, sondern blos gesagt, daß der Beklagte nicht schuldig sei, sich auf dieselbe einzulassen, so lange er seinen Wohnsitz nicht in seinem Heimathkantone habe. Die blos temporäre Wirksamkeit einer gutgeheißenen fristlichen Einrede ergibt sich schon aus ihrer Benennung; sobald die Thatsache, durch die sie begründet worden, weggefallen, ist auch ihre Wirksamkeit erloschen. Der Beklagte hat, seitdem er geständigermaßen seinen Wohnsitz wieder in seiner Heimathgemeinde aufgeschlagen, keinen Grund, die Kompetenz des Bezirksgerichts vom Standpunkte des Bundesrechtes aus zu bestreiten.

Der Beklagte erhebt aber im Weitern die Einwendung, die Klage sei verjährt im Sinne von § 234 des m. b. G., lemma 4, wo bestimmt werde, daß die Klage unzuläſſig sei, wenn sie nicht längstens innert Jahresfrist nach der Niederkunft bei dem ordentlichen Gerichte anhängig gemacht worden; der im Jahr 1878 erfolgten Klagverurkundung könne keine rechtliche Bedeutung zukommen.

Die Frage, ob die Klage verjährt sei, ist hier nicht zu erörtern; sie ist einmal vom Bezirksgericht als zulässig erklärt und der Klägerin das Klagrecht gestattet worden; glaubt der Beklagte den Nachweis leisten zu können, daß derselben dennoch ein Hinderniß entgegenstehe, vermöge dessen sie von Amtswegen hätte verworfen

werden sallen, so wird ihm vom Gesetze hiezu das Recht eingeräumt.

**2. Der Bürge, welcher wegen der Summe, für die er sich verpflichtet, voreilig betrieben wird, hat das Recht, vermittelst der Klage die Aufhebung der Betreibung anzubegehren.**

Rudolf Giger von Reinach verbürgte sich unterm 24. August 1873 für ein Darleihen, welches J. Gautschi-Frikkart daselbst im Betrage von Fr. 900 bei Heinrich Maurer in Leimbach erhoben. Nachdem Gautschi-Frikkart im Jahr 1878 in den Geldstag gefallen, der jedoch seine Erledigung noch nicht gefunden, ließ der Gläubiger Heinrich Maurer im Jahr 1880 den Bürgen R. Giger für das Kapital von Fr. 900 nebst Zins und Kosten betreiben, mit der Bemerkung, daß der aus dem Geldstage des J. Gautschi-Frikkart erhältliche Betrag abgerechnet werden solle. Rudolf Giger schlug gegen die Betreibung Recht dar; aber nicht nur widersprach er die Forderung, sondern er führte eine Klage gegen Heinrich Maurer, indem er das Begehren stellte:

Die von Maurer mit Akt vom 12. April 1880 gegen ihn, R. Giger, angehobene Betreibung für Fr. 900 nebst Zins und Kosten sei als gesetzlich unbegründet zu erklären und mit allen Folgen aufzuheben.

Dieses Begehren ist als begründet anzusehen. — Es ist eine von beiden Theilen anerkannte Thatsache, daß der Geldstag des Hauptschuldners Gautschi-Frikkart noch nicht erledigt ist. Der Gläubiger kann nun aber erst dann den Bürgen belangen, wenn der letztere beim Hauptschuldner keine Befriedigung findet (§ 777 des a. b. G.). Inwiefern der Gläubiger Heinrich Maurer von Gautschi-Frikkart nicht gedeckt wird, weiß man erst dann, wenn der Konkurs desselben durchgeführt sein wird. R. Giger braucht sich daher die Betreibung nicht gefallen zu lassen, zumal wenn er, wie er dies behauptet, durch die Betreibung in der Verfügung über sein Eigenthum gehemmt wird. Die Erklärung des Beklagten, daß er dem Bürgen den Betrag der Anweisung aus dem Konkurse des Hauptschuldners überlasse, ist rechtlich ohne Gewicht, da der Bürge zur Annahme einer solchen Anweisung nicht verpflichtet ist.

Vom Beklagten Heinrich Maurer wird aber eingewendet: Der betriebene Bürge habe gegen ihn kein Klagrecht; sei R. Giger

der Ansicht, daß er die verlangte Summe nicht zu bezahlen habe, so möge derselbe, wenn er, Maurer, mit der richterlichen Geltendmachung seiner Forderung säumig sei und selbst nicht Klage führe, sich des Provokationsgesuches bedienen, nie aber könne es ihm zustehen, vermittelst der Klage anzubegehren, daß die gegen ihn angehobene Betreibung richterlich aufgehoben werde.

Diese Einwendung erzeigt sich jedoch als unstichhaltig. Allerdings wäre der vorzeitig betriebene Bürge berechtigt gewesen, den Heinrich Maurer, der sich durch die Betreibung der Berührung schuldig gemacht, zur Klage zu provoziren; allein dem Rud. Giger blieb es unbenommen, selbst Klage zu führen; im Gesetze ist nicht vorgeschrieben, daß es dem betriebenen Schuldner, wenn er dafür hält, daß er voreilig belangt worden, verboten sei, auf dem Wege der ordentlichen Civilklage die Entkräftung der Betreibung nachzusuchen.

### 3. Arrest; derselbe ist zulässig, wenn der Schuldner schon auf der Flucht begriffen oder der Flucht verdächtig ist. § 310 a der Prozeßordnung.

(Urtheil vom 26. Januar 1881.)

Gestützt auf die vorerwähnte Bestimmung glaubte die Gemeinde Mühlau gegen X. Gaier und Söll aus Deutschland eine Beschlagnahme erwirken zu können. — Gaier und Söll fanden im abgewichenen Jahre an der Linie Muri-Rothkreuz als gewöhnliche Arbeiter Beschäftigung; durch Einlage der Heimathschriften nahm Gaier am 24. April und Söll am 12. Oktober rechtlichen Wohnsitz in Mühlau, von wo indeß Söll schon Ende Oktober nach Sins übersiedelte. Am 3. Oktober ließ der Seckelmeister von Mühlau ein Lohnguthaben der Genannten bei der Bauunternehmung für angeblich schuldige Polizei- und Schulsteuer mit Beschlag legen, indem er sich auf denselben Ende September übergebene Steuerverzeichnisse des Gemeinderathes berief. Die Beklagten behaupten, von dieser Besteuerung nie etwas gewußt zu haben und es ist dies auch — wenigstens mit Bezug auf Söll — in hohem Grade wahrscheinlich. Zwar besagt ein bei den Akten liegendes Zeugniß des Gemeindeschreibers Giger, daß weder Gaier noch Söll Beschwerde gegen die ihnen rechtzeitig zugestellten Steueranlagen erhoben hätten. Allein daß dieses Zeugniß mit Vorsicht zu behandeln ist, zeigt die Thatsache, daß die Beschlagnahme für eine rückständige Steuer schon am 3. Oktober erwirkt wurde,

während Söll erst mit dem 12. Oktober, dem Tage der Schriftenabgabe, überhaupt auf das Steuerregister getragen werden konnte. Das Gesagte mag genügen, um wenigstens einen Zweifel darüber zu begründen, ob der Gemeinde Mühlau zur Zeit der Arrestnahme eine rechtmäßige Forderung gegen die Beklagten zugestanden. Nimmt man indessen auch an, daß das Dasein einer Forderung durch das vorliegende Steuerverzeichniß bescheinigt werde, so ist die Sachlage doch nicht dazu angethan, auch bei der Prüfung der zweiten Voraussetzung der Beschlagnahme, der Frage des Daseins der Gefahr, die Reflexion über die normale Grenze auszudehnen und den Arrest durch Adoption des kläger'schen Raisonnements zu rechtfertigen: „Alle Eisenbahnarbeiter sind flucht„verdächtig; die Beklagten sind Eisenbahnarbeiter, also ist litt. a „des § 310 der P.-O. auf sie zutreffend."

Es bedarf wohl keiner weitern Erörterung, daß es dem Richter nicht zusteht, eine große Kategorie von Arbeitern rundweg als fluchtverdächtig und als Preller zu qualifiziren, wenn auch einzelne derselben, wie dies übrigens in allen Gesellschaftsklassen vorkommt, sich gegen die Gebote der Moral und des Rechts versündigen. Vielmehr hat sich der Richter auch hier zu fragen, ob hinsichtlich der Person der Beklagten thatsächliche Momente vorliegen, welche sie dem Verdacht aussetzen, sich ihren Verbindlichkeiten durch die Flucht entziehen zu wollen. Ein solcher Moment von Erheblichkeit hat nun die Klagpartei nicht namhaft zu machen vermocht; sie bemerkte allerdings beiläufig, daß die Beklagten sich fortbegeben, ohne anzuzeigen wohin. Allein wenn Söll, wie es die Arbeit mitzubringen pflegt, Ende Oktober von Mühlau nach dem nachbarlichen Sins sich begab und wenn Gaier sich in der „Barrake" einlogirte, so läßt sich aus diesen Vorkehren noch kein Fluchtverdacht herauskonstruiren und dies um so weniger, als beide Beklagte nach wie vor ihre Schriften in Mühlau deponirt ließen.

Im Sinne dieser Erwägung wurde das bezirksgerichtliche Urtheil, welches die Beschlagnahme gutgeheißen, aufgehoben.

### 4. Die vorzeitige Entlassung eines Lehrers hat zur Folge, daß ihn die Gemeinde, von der er angestellt worden, zu entschädigen hat.

(Urtheil vom 27. Januar 1881.)

Nachdem Johann Rieg-Deiß in Ennetbaden im Jahr 1866 von der Schulpflege und dem Gemeinderath Baden zum proviso-

rischen und im Jahr 1868 zum definitiven Lehrer der englischen, französischen und italienischen Sprache an der dortigen Bezirksschule gewählt und am 8. April 1874 vom Erziehungsrath als Hauptlehrer der Bezirksschule auf weitere 6 Jahre bestätigt worden, erhielt er infolge eines Beschlusses, welcher auf Reorganisation sämmtlicher Schulen in Baden abzielte, am 8. November 1878 eine Aufkündung auf Ende des Schuljahres 1878/79 und wurde er bei den durch die Reorganisation nothwendig gewordenen Neuwahlen, als der Einzige der bisherigen Lehrer, übergangen und sonach am Ende des Schuljahres 1878/79, also ein Jahr vor Ablauf der Amtsdauer, seiner Lehrerstelle enthoben.

Herr Rieg-Deiß verlangte wegen vorzeitiger Entlassung von der Stelle eines Lehrers der Knabenbezirksschule Baden eine seiner Gehaltsbesoldung gleichkommende Entschädigung von Fr. 2800 und entsteht nun die Frage, ob diesem Verlangen zu entsprechen sei.

Die beklagte Gemeinde hat unzweifelhaft das Recht, eine Reorganisation ihrer Bezirksschule vorzunehmen und die erforderlichen Bestimmungen über die Art, wie dieselbe erfolgen soll, zu treffen. Demnach muß die Lösung der Frage, ob die Anstellung des Klägers fortbestehen soll oder ob mit Bezug auf die Lehrer eine Personalveränderung oder eine Reduktion ihrer Zahl einzutreten habe, als einer Frage der Zweckmäßigkeit und des örtlichen Bedürfnisses, der Beklagten anheimgestellt bleiben. Es kann nicht Sache des Richters sein, in dieser Beziehung bestimmend einzugreifen. Wohl aber hat der Richter die Frage zu erörtern, ob nicht die vorzeitige Entlassung des Klägers einen civilrechtlichen Anspruch auf Entschädigung begründe. Was nun diese Frage anbetrifft, so hat man es hier offenbar mit einem zweiseitigen Vertragsverhältniß zu thun. Der Lehrer, welcher eine Anstellung annimmt, ist gehalten, die Pflichten derselben getreulich zu erfüllen, hinwiederum aber auch berechtigt, die mit derselben verbundenen Rechte auszuüben und die dafür festgesetzte Gegenleistung zu beziehen. Das Amt gibt Pflichten, aber auch entsprechende Rechte. An der Anstellung selbst kann der Lehrer allerdings kein Eigenthumsrecht erwerben und wenn es also der Beklagten beliebt hat, das in Rede stehende Lehramt abzuschaffen oder zu ändern, so steht es dem Kläger nicht zu, dagegen zu opponiren, indem es sich eben um eine Verwaltungsmaßregel handelt, die der Prüfung und Entscheidung der Schulbehörden zukommt. Aber der Lehrer hat das Recht, Entschädigung zu verlangen, wenn der Vertrag ihm gegenüber nicht erfüllt wird.

Im aargauischen Schulgesetze finden sich die Fälle, in welchen

die Entziehung einer Lehrerstelle vor Ablauf der Anstellungsdauer gerechtfertigt ist, genau angegeben. In § 15 l. c. werden diensthinderliche Gebrechen und in § 20 Versäumung der Pflichten als Entlassungsgründe aufgeführt. Im vorliegenden Falle sind nun aber keine der angeführten Gründe nachgewiesen oder auch nur behauptet. Die Beklagte will sich zur Rechtfertigung ihrer Handlungsweise auf die Bestimmung des § 138 des Schulgesetzes stützen; allein diese Gesetzesvorschrift kann auf den gegebenen Fall keine Anwendung finden, denn sie hat nur den Fall im Auge, wo eine Bezirksschule mit dem Ablauf ihrer gesetzlichen Garantie zu existiren aufhört. Unzweifelhaft trifft aber das Letztere bei der Reorganisation der Schule in Baden nicht zu, denn abgesehen davon, daß von einem Aufhören der Schule in Baden überhaupt nicht gesprochen werden kann, da dieselbe wie jede andere Schule nach Ablauf der gesetzlichen Ferien sofort wieder begonnen hat, ist § 138 schon aus dem Grunde nicht maßgebend, weil zufolge § 116 l. c. eine Aufkündung der Garantie jeweils nur in einem Zeitraume von sechs zu sechs Jahren erfolgen darf, es aber von der Beklagten nicht bewiesen ist, daß mit dem April 1879 eine sechsjährige Garantieperiode zu Ende gegangen und von der Gemeinde oder dem Staate die Garantie gekündet worden sei.

Da nun aber die Entlassung des Klägers weder nach §§ 15 und 20, noch nach § 138 des Schulgesetzes sich rechtfertigen läßt, so muß ein Vertragsbruch Seitens der Beklagten angenommen werden, aus dem deren Pflicht zum Schadensersatze sich herleitet. — Eines der Beneficien des Lehramtes liegt auch in einer gewissen Sicherheit der Existenz, die sie für kürzere oder längere Dauer bietet; diese Dauer ist gesetzlich bestimmt und war es der Beklagten nicht gestattet, dieselbe zum Nachtheile des Lehrers willkürlich zu ändern.

Dem Kläger wurde daher, im Widerspruche mit dem Bezirksgericht, welches die Klage als nicht begründet verworfen hatte, das gestellte Begehren zugesprochen.

### 5. Zubehörde. Das Wirthschaftsmobiliar ist im Allgemeinen nicht als Zubehörde zum Gasthause anzusehen.

(Urtheil vom 23. Februar 1881.)

Als der Besitzer eines Gasthauses, der dasselbe für ein Kapital hypothekarisch hatte verschreiben lassen, in den Konkurs gefallen war, machte der Kreditor geltend, daß das von ihm er-

worbene Grundpfandrecht sich auch auf das Wirthschaftsmobiliar erstrecke, indem dieses Mobiliar als Zubehörde zum verpfändeten Wirthshause betrachtet werden müsse. Es wurde in dieser Beziehung vor Allem auf § 435 des a. b. G. Bezug genommen. Diese Vorschrift enthält die Bestimmung: „Unter Zubehörde sind „auch der Zuwachs einer Sache, solange er von derselben nicht „abgesandt ist, sowie alle Rechte begriffen, welche jedem Besitzer „einer Sache als solchem zustehen; sodann diejenigen Sachen, ohne „welche die Hauptsache zu ihrer Bestimmung nicht gebraucht werden „kann, oder die zum beständigen Gebrauch und Dienste der Haupt„sache bestimmt sind." — Im Falle kommt das zweite Lemma dieser Bestimmung zur Berücksichtignng; fragen wir nach dem Sinne dieser Vorschrift des bürgerl. Gesetzes, welches in der in Rede stehenden Materie, sowie in vielen anderen Beziehungen nur spärlichen Aufschluß gibt, so ist es zweifelsohne der: Zubehörde, Pertinenz, ist ein Gegenstand insofern, als derselbe, obschon er an und für sich selbstständig ist, und nicht einen integrirenden Theil einer andern Sache bildet, dazu bestimmt ist, nicht einen eigenen Zweck zu erfüllen, sondern dem Zwecke einer bestimmten andern Sache bleibend zu dienen. Soll nämlich ein Pertinenzverhältniß als bestehend angenommen werden, so reicht es nicht hin, daß derjenige Gegenstaud, von welchem es sich frägt, ob er Pertinenz eines andern Gegenstandes sei, im Allgemeinen die Bestimmung hat, Dingen derjenigen Gattung, zu welcher dieser andere Gegenstand gehört, dienstbar zu sein, sondern er muß vielmehr zum Dienste des letztern speziell und zwar für immerwährende Zeiten bestimmt sein.

Mit dieser Auffassung stimmt auch die bisherige Praxis überein. In einem Entscheide vom Jahr 1867, der sich dahin ausspricht, daß Vorfenster, die im Konkurse als besonderes fahrhabliches Vermögen versteigert worden, als Zubehörde erscheinen und derjenige, welcher das Eigenthum am Hause erworben, auch das Eigenthum an den Vorfenstern erlangt habe, ist die Stelle enthalten, daß die Vorfenster als eine Zubehörde zum Hause angesehen werden müssen, weil sie ihrem Zwecke nach die Bestimmung haben, gerade an diesem Hause jeweils im Winter angebracht zu werden. Sodann ist auch auf das Urtheil vom 11. November 1878 zwischen Widmer und Wild in Zürich und der aarg. Bank hinzuweisen, wodurch der Einrichtung (dem Mobiliar) im Kurhause zu Baden Pertinenzqualiät zugesprochen wird.

Betrachtet man das in Rede stehende Wirthschaftsmobiliar im Sinne des § 435, der Wissenschaft und der bisherigen Praxis, so erhellt sofort, daß dasselbe, wenn nicht ganz, so doch größtentheils

die Entziehung einer Lehrerstelle vor Ablauf der Anstellungsdauer gerechtfertigt ist, genau angegeben. In § 15 l. c. werden diensthinderliche Gebrechen und in § 20 Versäumung der Pflichten als Entlassungsgründe aufgeführt. Im vorliegenden Falle sind nun aber keine der angeführten Gründe nachgewiesen oder auch nur behauptet. Die Beklagte will sich zur Rechtfertigung ihrer Handlungsweise auf die Bestimmung des § 138 des Schulgesetzes stützen; allein diese Gesetzesvorschrift kann auf den gegebenen Fall keine Anwendung finden, denn sie hat nur den Fall im Auge, wo eine Bezirksschule mit dem Ablauf ihrer gesetzlichen Garantie zu existiren aufhört. Unzweifelhaft trifft aber das Letztere bei der Reorganisation der Schule in Baden nicht zu, denn abgesehen davon, daß von einem Aufhören der Schule in Baden überhaupt nicht gesprochen werden kann, da dieselbe wie jede andere Schule nach Ablauf der gesetzlichen Ferien sofort wieder begonnen hat, ist § 138 schon aus dem Grunde nicht maßgebend, weil zufolge § 116 l. c. eine Aufkündung der Garantie jeweils nur in einem Zeitraume von sechs zu sechs Jahren erfolgen darf, es aber von der Beklagten nicht bewiesen ist, daß mit dem April 1879 eine sechsjährige Garantieperiode zu Ende gegangen und von der Gemeinde oder dem Staate die Garantie gekündet worden sei.

Da nun aber die Entlassung des Klägers weder nach §§ 15 und 20, noch nach § 138 des Schulgesetzes sich rechtfertigen läßt, so muß ein Vertragsbruch Seitens der Beklagten angenommen werden, aus dem deren Pflicht zum Schadensersatze sich herleitet. — Eines der Beneficien des Lehramtes liegt auch in einer gewissen Sicherheit der Existenz, die sie für kürzere oder längere Dauer bietet; diese Dauer ist gesetzlich bestimmt und war es der Beklagten nicht gestattet, dieselbe zum Nachtheile des Lehrers willkürlich zu ändern.

Dem Kläger wurde daher, im Widerspruche mit dem Bezirksgericht, welches die Klage als nicht begründet verworfen hatte, das gestellte Begehren zugesprochen.

### 5. Zubehörde. Das Wirthschaftsmobiliar ist im Allgemeinen nicht als Zubehörde zum Gasthause anzusehen.

(Urtheil vom 23. Februar 1881.)

Als der Besitzer eines Gasthauses, der dasselbe für ein Kapital hypothekarisch hatte verschreiben lassen, in den Konkurs gefallen war, machte der Kreditor geltend, daß das von ihm er-

worbene Grundpfandrecht sich auch auf das Wirthschaftsmobiliar erstrecke, indem dieses Mobiliar als Zubehörde zum verpfändeten Wirthshause betrachtet werden müsse. Es wurde in dieser Beziehung vor Allem auf § 435 des a. b. G. Bezug genommen. Diese Vorschrift enthält die Bestimmung: „Unter Zubehörde sind „auch der Zuwachs einer Sache, solange er von derselben nicht „abgesandt ist, sowie alle Rechte begriffen, welche jedem Besitzer „einer Sache als solchem zustehen; sodann diejenigen Sachen, ohne „welche die Hauptsache zu ihrer Bestimmung nicht gebraucht werden „kann, oder die zum beständigen Gebrauch und Dienste der Haupt„sache bestimmt sind." — Im Falle kommt das zweite Lemma dieser Bestimmung zur Berücksichtignng; fragen wir nach dem Sinne dieser Vorschrift des bürgerl. Gesetzes, welches in der in Rede stehenden Materie, sowie in vielen anderen Beziehungen nur spärlichen Aufschluß gibt, so ist es zweifelsohne der: Zubehörde, Pertinenz, ist ein Gegenstand insofern, als derselbe, obschon er an und für sich selbstständig ist, und nicht einen integrirenden Theil einer andern Sache bildet, dazu bestimmt ist, nicht einen eigenen Zweck zu erfüllen, sondern dem Zwecke einer bestimmten andern Sache bleibend zu dienen. Soll nämlich ein Pertinenzverhältniß als bestehend angenommen werden, so reicht es nicht hin, daß derjenige Gegenstaud, von welchem es sich frägt, ob er Pertinenz eines andern Gegenstandes sei, im Allgemeinen die Bestimmung hat, Dingen derjenigen Gattung, zu welcher dieser andere Gegenstand gehört, dienstbar zu sein, sondern er muß vielmehr zum Dienste des letztern speziell und zwar für immerwährende Zeiten bestimmt sein.

Mit dieser Auffassung stimmt auch die bisherige Praxis überein. In einem Entscheide vom Jahr 1867, der sich dahin ausspricht, daß Vorfenster, die im Konkurse als besonderes fahrhabliches Vermögen versteigert worden, als Zubehörde erscheinen und derjenige, welcher das Eigenthum am Hause erworben, auch das Eigenthum an den Vorfenstern erlangt habe, ist die Stelle enthalten, daß die Vorfenster als eine Zubehörde zum Hause angesehen werden müssen, weil sie ihrem Zwecke nach die Bestimmung haben, gerade an diesem Hause jeweils im Winter angebracht zu werden. Sodann ist auch auf das Urtheil vom 11. November 1878 zwischen Widmer und Wild in Zürich und der aarg. Bank hinzuweisen, wodurch der Einrichtung (dem Mobiliar) im Kurhause zu Baden Pertinenzqualiät zugesprochen wird.

Betrachtet man das in Rede stehende Wirthschaftsmobiliar im Sinne des § 435, der Wissenschaft und der bisherigen Praxis, so erhellt sofort, daß dasselbe, wenn nicht ganz, so doch größtentheils

der Pertinenzqualität entbehre. Wenn auch die fragl. Gegenstände zum Wirthschaftsbetriebe gebraucht werden, so unterliegt es doch keinem Zweifel, daß diese Gegenstände, oder jedenfalls die meisten derselben, nicht so beschaffen sind, daß sie ihrer Zweckbestimmung gemäß speziell nur diesem Geschäfte dienen können. Wollte man behaupten, daß die genannten Gegenstände zum beständigen Gebrauche des Gasthauses dienen, so müßte man nothwendig der Ansicht sein, daß sie auch nicht besonders hätten veräußert werden sollen, was doch in der That stattgefunden; denn das Wirthschaftsmobiliar wurde dem Erwerber des Gasthauses besonders verkauft. Als selbstverständlich erscheint es, daß Gegenstände, welche mit dem Hause fest verbunden sind, z. B. Gaseinrichtung, Kochherde, Objekte, die im diesfälligen Kaufe unter der Fahrhabe aufgeführt werden, als Zubehörde zum Gasthause erscheinen.

Von Seite des Kreditors wird zur Begründung des Pfandrechts weiter angeführt: In der Grundpfandverschreibung, welcher ein Geschäftsinventar beigelegt worden, ein Akt, auf dem die Fahrhabe unter 45 Nummern aufgeführt werde, finde sich die Stelle: „ferner werde mit verpfändetdas im beiliegenden Geschäfts„inventar spezifizirt verzeichnete Mobiliar, welches jedoch so lange „im Besitze und in der Benutzung der Pfandgeber verbleibe, als „dies ohne Nachtheil der Kreditorschaft geschehen könne."

Aus dieser Stelle ergibt sich, daß man die Fahrhabe als Faustpfand zu verschreiben Willens gewesen, welches jedoch, da der Kreditor die Sachen nicht in Verwahrung genommen, nicht rechtsgültig bestellt worden (§ 610 des a. b. G.). — Der Umstand, daß der Schuldner die Fahrhabe dem Kreditor als Faustpfand verschreiben wollte, spricht dafür, daß man nicht annahm, daß die Fahrhabe hypothekarisch verpfändet sei.

Das Pfandrecht, insoweit es auf die Fahrhabe (das Wirthschaftsmobiliar) erstreckt werden wollte, wurde daher nicht als zu Recht bestehend anerkannt.

**6. Konkurs. Entscheidung betreffend den § 91 der Geldstagsordnung, welcher vorschreibt: „Das Gericht soll „jedes Begehren von Amtswegen untersuchen und dar„über entscheiden, auch wenn es von keinem Gläubiger „bestritten wird."**

(Urtheil vom 23. Februar 1881.)

Im Geldstag über Joh. Rudolf, Kronenwirth in Mellingen, vindizirte dessen Tochter Frau Verena Lee eine Reihe von Fahr-

habegegenständen. In ihrer Eingabe behauptete sie, daß sie die fraglichen Mobilien selbst angeschafft und dieselben in ihrem väterlichen Hause in einem besondern Zimmer aufbewahrt habe. Das Bezirksgericht publizirte das Vindikationsbegehren, indem es eine Tagfahrt zu dessen allfälliger Bestreitung ansetze. Zu der daherigen Verhandlung erschien Niemand als ein Vertreter der Vindikantin Frau Verena Lee; dagegen hatten zwei Geldstagsgläubiger, Schmid und Hochstraßer von Hägglingen, einen Brief eingesandt, worin das Vindikationsbegehren bestritten wird. Das Bezirksgericht fällte das Erkenntniß, daß die vindizirten Gegenstände als Bestandtheil der Masse des Vaters der Frau Lee zu betrachten und zu behandeln seien.

Vom Obergericht wurde befunden:

Nachdem die Tagfahrt zur Verhandlung über das Vindikationsbegehren der Frau Lee öffentlich bekannt gemacht worden, waren die Interessenten, welche dasselbe zu bestreiten gedachten, gehalten, zur angesetzten Zeit entweder persönlich oder durch einen Bevollmächtigten vor Gericht zu erscheinen und den Einspruchsstreit im mündlichen Verfahren aufzunehmen. Es erschien nun kein Gegner des Begehrens und die schriftliche Erklärung Schmid's und Hochstraßer's fiel als prozeßordnungswidrig außer Betracht. Das Gericht hatte also das Vindikationsbegehren als unbestritten zu behandeln, d. h. nach § 91 der Geldstagsordnung von Amteswegen zu prüfen.

Was nun diese amtliche Prüfung anbelangt, so muß als feststehend angesehen werden, daß sie den Einsprecher nicht ungünstiger halten darf, also wenn das Einspruchsbegehren bestritten und dem kontradiktarischen Verfahren unterworfen worden wäre. Wohl hat der Richter die amtliche Pflicht, ein Begehren, das sich auf Grundlage der ihm vorliegenden Akten als rechtlich unhaltbar erweist, im Interesse der Gantmasse zu verwerfen, auch wenn kein Gläubiger dagegen aufgetreten ist. Allein wo die Begründheit eines Begehrens lediglich durch die Existenz der demselben zu Grunde liegenden Thatsachen bedingt ist, für deren Beweis dem Einsprecher kein anderes Beweismittel als der Haupteid der Gegenpartei zu Gebote steht, darf die amtliche Entscheidung den Umstand, daß die Nichtaufnahme des Einspruchsstreites von Seite eines Gläubigers dem Impetranten die Möglichkeit entzieht, jenes Beweismittel zur Anwendung zu bringen, nicht in dem Sinne verwerthen, daß sie die thatsächliche Grundlage der Einspruchsbegehrende als unbewiesen und das Begehren selbst als haltlos erklärt. Gegentheils muß in einem solchem Falle angenommen werden, daß jene thatsächliche Grundlage, weil von keinem Inte-

ressenten bestritten, gegeben und demgemäß das Rechtsbegehren selbst begründet sei.

Im Sinne dieser Erwägung wurde dem Vindikationsbegehren — in Abänderung des bezirksgerichtlichen Erkenntnisses — Folge gegeben.

**7. Die Verpflichtung, die der Angestellte dem Ansteller gegenüber dahin eingeht, bei Vermeidung einer Konventionalstrafe nicht in ein Konkurrenzgeschäft einzutreten, ist als rechtsgültig und verbindlich anzusehen.**

(Urtheil vom 23. März 1881.)

Theodor Karcher, Inhaber der Firma G. Reithauer, Eisenwaarenhandlung in Zürich, hat klagend angebracht: der in seinem Geschäft längere Zeit angestellt gewesene K. Volz habe unterm 30. August 1876 folgende schriftliche Verbindung ausgestellt: „Unterzeichneter verpflichtet sich hiermit auf Ehrenwort und bei „einer Konventionalstrafe von Fr. 2000, zu keiner Zeit in das „Geschäft der Firma Reithauer & Bluntschli einzutreten." — Ungeachtet dieser Verpflichtung sei K. Volz im September 1878 in das fragl. Geschäft eingetreten und in demselben bis zur Stunde als Reisender angestellt; er habe somit den Vertrag gebrochen und damit die Konventionalstrafe von Fr. 2000 verwirkt, welche gegen ihn eingeklagt werde.

Der Beklagte anerkennt ausdrücklich, die angeführte Verpflichtung ausgestellt und unterzeichnet zu haben, er wendet aber ein, der Vertrag sei ein von Anfang an ungültiger und könne er auf richterlichen Schutz keinen Anspruch haben. Diese Einwendung erzeigt sich jedoch als unbegründet. Der Beklagte beruft sich zur Begründung seiner Auffassung auf Art. 31 der Bundesverfassung; allein man kann nicht sagen, daß diese Bestimmung geeignet sei, die Vertheidigung zu unterstützen; eher könnte man behaupten, sie diene zur Klagbegründung, sie bestätige die Befugniß im bürgerl. Verkehr jede beliebige Verpflichtung, sei es zu einer Leistung oder zu einer Unterlassung, zu übernehmen; sie beschlägt aber nicht sowohl den Privatverkehr, als vielmehr das Gesetzgebungsrecht der Kantone und hat ihren Ursprung in früheren Zuständen und Verhältnissen; sie ist eine interkantonale Bestimmung und verlangt, daß dem Handel und Verkehr durch die Gesetzgebung keine weiteren Schranken gesetzt werden als diejenigen, welche unter a, b, c daselbst aufgeführt sind. Wenn der

Beklagte meint, in der angerufenen Verfassungsbestimmung liege für ihn eine Garantie dafür, daß er nicht gehalten sei, eine ihm lästige Privatverpflichtung zu erfüllen, so verwechselt er offenbar die Handelsfreiheit mit der privatrechtlichen „Handlungsfähigkeit", welche, wenigstens für einmal noch durch die Privatgesetzgebung der Kantone normirt wird.

Daß der Beklagte fähig sei, einen Vertrag einzugehen, darüber waltet kein Widerspruch. Nun sagt das aarg. bürgerliche Gesetz, daß jede mögliche und erlaubte Leistung, Gestattung oder Unterlassung, sowie jede dem Verkehr nicht entzogene Sache Gegenstand eines Vertrages sein könne und es ist daher nicht einzusehen, inwiefern Verträge, wie der in Rede stehende, unstatthaft und unwirksam sein sollten.

Der Beklagte wurde sonach zur Bezahlung der eingeklagten Fr. 2000 verurtheilt.

**8. Konkurs. Frauenvermögen. Wird die erste Hälfte des von der Ehefrau eingekehrten Vermögens, welche durch ein Spezialfond sicher gestellt worden, im Konkurse des Mannes nicht vollständig bezahlt, so wird der nicht gedeckte Rest in die III. (und nicht in die IV.) Klasse eingewiesen.**

(Urtheil vom 29. März 1831.)

Im Geldstage über Karl Weber von Oberhofen hat dessen Frau Katharina, geb. Lauber, ihr eingekehrtes Vermögen mit Fr. 7825. 75 angemeldet und Anweisung der I. Hälfte mit Fr. 3912. 87 in III. Klasse und der andern Hälfte mit Fr. 3912. 87 in VII. Kl. anbegehrt. Der Geldstagsabgeordnete entsprach diesem Begehren insofern, daß er die I. Hälfte in die III. Kl. und zwar auf den Erlös der speziell dafür verschriebenen Grundpfänder und die II. Hälfte in die VII. Kl. gewiesen, mit der weitern Verfügung, daß wenn sich bezüglich der für die I. Hälfte errichteten Spezialhypothek ein Verlust ergebe, derselbe in die VI. Kl. locirt werde. Die Ehefrau Weber erhob Einspruch gegen diese Verfügung und stellte das Begehren: es sei in Aufhebung derselben der Mindererlös des Frauenvermögens, welcher Fr. 813 betrage, aus dem übrigen Massavermögen, das nicht für die Pfandgläubiger bestimmt sei, zu ersetzen.

Das Bezirksgericht verwarf dieses Begehren, das Obergericht

dagegen erklärte es als gerechtfertigt, indem es von folgender Betrachtung ausgieng:

Nach Lage der Akten ist unzweifelhaft, daß der Erlös aus den Spezialpfändern für die erste Frauengutshälfte zur Bezahlung dieser letztern nicht hinreicht, sondern daß sich ein Mindererlös von Fr. 813 ergeben hat. Sodann muß, weil nicht bestritten, als konstatirt angesehen werden, daß noch Vermögen vorhanden ist, welches weder für die Geldstagskosten (I. Rangklasse), noch für die Unterpfandsgläubiger (II. Kl.) in Anspruch genommen wird und es hängt daher die Entscheidung des Streites von der Lösung der Frage ab, ob der auf der I. Hälfte des Frauenguts in Folge Mindererlöses aus der dafür haftenden Spezialhypothek sich ergebende Verlurst in erster Linie auf jenes noch vorhandene Vermögen anzuweisen, oder ob die Einsprecherin gehalten sei, sich mit diesem Verlurst in die VI. Kl. verweisen zu lassen.

Diese Frage muß unzweifelhaft im erstern Sinne entschieden und die untergerichtliche Auffassung als eine unrichtige, im Gesetze nicht begründete bezeichnet werdtn. Als leitendes Prinzip erscheint nämlich der in § 103 der G.-O. enthaltene Grundsatz, daß die frühere Klasse vor der spätern Anspruch auf Bezahlung hat. Wenn also das Vermögen durch die erste Klasse aufgezehrt wird, so erhalten die spätern Klassen nichts mehr; bleibt aber noch Vermögen übrig, so kommt zuerst die II., dann die III. Kl. u. s. w. zur Bezahlung. Dieser Grundsatz ist ein durchgreifender und wenn daher nach der Befriedigung der II. Kl. noch Vermögen zur Vertheilung vorhanden, so kommt die Hälfte Frauenguts, wofür die III. Kl. ausschließlich aufgestellt ist, an die Reihe und erst nachdem diese Häfte Frauenguts vollständig gedeckt ist, gelangt ein allfälliger Ueberschuß an die nachfolgenden Klassen. Dieses Prinzip, dem zufolge der durch Spezialpfand nicht gedeckte Betrag der 1. Hälfte des Frauenguts zunächst Anspruch auf das noch übrige Vermögen hat, wird dadurch nicht durchbrochen, daß für das Frauengut besondere Sicherheit geleistet worden; denn hiedurch verliert die Forderung den Charakter des Frauengutes nicht; sie erwirbt nur statt des generellen Pfandrechts ein spezielles und wenn der Erlös des letztern zur vollständigen Befriedigung der gesicherten Hälfte nicht hinreicht, so hat der nicht gedeckte Theil, da er Frauengut bleibt, Anspruch auf Anweisung in III. Klasse. Ist es daher, wie das Bezirksgericht sagt, auch richtig, daß das in § 55 des a. b. G. gesetzlich vorgesehene Generalpfandrecht nach allgemein geltenden Rechtsgrundsätzen und speziell im Hinblick auf § 58 des a. b. G. gegenüber der besondern Sicherheit cessirt, so folgt daraus nicht, daß die Ehefrau einzig und allein aus dem-

jenigen Erlös für die erste Hälfte ihres eingekehrten Vermögens Befriedigung suchen darf, welcher aus den zur besondern Sicherheitsleistung bestimmten Vermögensobjekten erzielt wird, weil das Generalpfandrecht mit dem der Hälfte des Frauenguts eingeräumten Vorzugsrecht nicht identisch ist, letzteres ohne jenes gedacht werden kann. — Die Geldstagsordnung bestimmt, wie die Forderungen in einem Geldstage anzuweisen seien und in welcher Reihenfolge sie zur Bezahlung gelangen sollen und wenn sie sagt, daß die Hälfte Frauengutes in die III. Kl. zu lociren sei und daß diese Klasse vor den nachfolgenden befriedigt werden müsse, so folgt daraus mit logischer Nothwendigkeit, daß die erste Hälfte ganz und vollständig bezahlt sein muß, bevor die spätern Klassen zur Befriedigung gelangen.

Ohne Grund beruft sich das Bezirksgericht auf § 122 der G.-O., wo vorgeschrieben ist, daß die Forderungen der II. Kl., soweit sie nicht auf ihre Pfänder angewiesen werden, je nach ihrer Natur in die IV., V. und VI. Kl. einzuweisen seien. Gerade diese Gesetzesbestimmung beweist und zeigt deutlich, daß durch Erlangung eines Spezialpfandes die Natur der Forderung nicht verändert wird. Eine Liedlohnforderung bleibt eine solche, auch wenn für sie eine Hypothek errichtet worden und ebendeßhalb findet sie, falls sie aus dem Erlöse derselben nicht gedeckt wird, Anweisung in IV. Kl. Das Frauengut bleibt solches, auch wenn es durch ein Grundpfand sicher gestellt worden und kommt daher das Betreffniß, das durch die Hypothek nicht Deckung findet, in die III. Kl. —

### 9. Schadensersatzforderung infolge eines Währschaftsversprechens, welches bei Veräußerung einer Kuh gegeben worden.

(Urtheil vom 29. März 1881.)

Die Viehhändler Joh. Zbinden und Jakob Hirsbrunner haben beim Bezirksgericht von Kulm folgende Klage gegen Adolf Schaffner von Schloßrued anhängig gemacht: Am Aarauer Junimarkt 1878 habe Joh. Zbinden von Adolf Schaffner in Schloßrued eine Kuh gekauft. Beim Kaufsabschluß habe Schaffner dafür, daß die Kuh im November darauf ein Kalb werfe, Währschaft versprochen; die diesfällige Verpflichtung habe Schaffner auf den Gesundheitsschein notirt; sie laute wörtlich: „Der Verkäufer obbemeldter Kuh „verspricht dem Käufer Währschaft, daß die Kuh im Wintermonat

„1878 kalbern solle“ Kläger Hirsbrunner habe die Kuh an den Viehhändler Joh. Kindler in Lissach verkauft und diesem die gleiche Währschaft versprochen; Joh. Kindler habe die Kuh an den Viehhändler Weil in Burgdorf veräußert, indem er demselben die gleiche Währschaft zugesichert und mit ebendemselben Währschaftsversprechen habe Jakob Weil die Kuh an Joh. Herrmann, Landwirth auf dem Ozenberg zu Rüegsau zu kaufen gegeben. Johann Herrmann sei nun gegen Jakob Weil klagend aufgetreten, indem er angebracht, Weil habe ihm dafür Währschaft versprochen, daß die Kuh seit Februar 1878 trächtig sei, sie sei aber gar nicht trächtig gewesen; er, J. Herrmann, habe die Kuh dem Metzger Schürch in Oberburg verkauft; dieser habe sie am 13. Nov. 1878 geschlachtet, wobei es sich herausgestellt, daß dieselbe nicht trächtig gewesen und nicht habe trächtig werden können, weil die Eierstöcke vollständig verhärtet gewesen. — Nachdem J. Hermann wegen Mangels der Trächtigkeit des Thieres von J. Weil Schadensersatz anbegehrt, habe dieser dem J. Kindler den Streit verkündet. Herrmann habe im Prozesse gegen Weil obgesiegt, das eingeleitete Beweisverfahren habe dessen Anbringen bestätigt und das Amtsgericht Burgdorf den J. Weil verfällt, ihm eine Entschädigung von Fr. 170 und Fr. 181. 40 Prozeßkosten, zusammen Fr. 351. 40 zu bezahlen. J. Weil habe alsdann den J. Kindler belangt, welcher, nachdem er dem J. Hirsbrunner den Streit verkündet, den Abstand vom Prozesse erklärt habe. Kindler habe nun gegen J. Hirsbrunner Klage geführt, worauf auch dieser, als die Streitverkündung an Adolf und Jakob Schaffner in Schloßrued ergangen, sich dem Klagbegehren unterzogen habe; es sei infolge dessen die Entschädigungsforderung des J. Kindler gegenüber den gegenwärtigen Klägern Zbinden und Hirsbrunner festgesetzt worden; sie begreife in sich:

| | | | |
|---|---|---|---|
| a) | Die von Weil an Herrmann bezahlten . . | Fr. | 351. 40 |
| b) | eigene Kosten des J. Weil im Prozesse gegen Herrmann . . . . . . . . . . . . | „ | 71. — |
| c) | Kosten des Weil im Prozesse des Kindler . | „ | 181. 95 |
| d) | Kosten des J. Kindler im Prozesse gegen Weil | „ | 92. 45 |
| e) | eigene Kosten des Kindler im Prozesse gegen Weil . . . . . . . . . . . . . | „ | 94. 35 |
| | | Fr. | 791. 15 |

Zbinden und Hirsbrunner seien im Streite gegen J. Kindler durch Herrn Fürsprech Bucher in Burgdorf vertreten gewesen, dessen Deserviten Fr. 135. 35 ausmachen; der Beklagte habe den Klägern infolge des bei der auf dem Junimarkt 1878 in Aarau

stattgefundenen Veräußerung der fragl. Kuh abgegebenen Währschaftsversprechens ihnen, den Klägern, Schadensersatz zu leisten und daher zu bezahlen Fr. 791. 15 + Fr. 135. 35 = Fr. 926. 50.

Der Beklagte hat die Ansicht vertheidigt, die Klage sei — und zwar sofort — zu verwerfen, indem er entgegnete: Nach dem Anbringen der Klage habe J. Herrmann die Kuh, die er vom Viehhändler Weil gekauft, an Metzger Schürch in Oberburg veräußert und sei dieselbe am 13. Nov. 1878 geschlachtet worden; dem Beklagten habe man hievon keine Mittheilung gemacht; man habe auch unterlassen, bei dem Abschlachten der Kuh eine gesetzliche Expertise aufzunehmen und den Beklagten zur Beiwohnung bei einer solchen einzuladen; der Beklagte müsse daher als von jeder Haftpflicht befreit angesehen werden. Diese Einwendung ist jedoch nicht vermögend, die Verwerfung der Klage zu rechtfertigen. Es ist rechtlich unerheblich und gleichgültig, ob der Beklagte in Oberburg, als die Kuh geschlachtet worden, zugegen gewesen sei oder nicht; denn es frägt sich nur, ob die in Oberburg geschlachtete Kuh diejenige sei, die der Beklagte dem Johann Zbinden zu kaufen gegeben und ob es richtig sei, daß die an Zbinden veräußerte Kuh nicht trächtig gewesen. Was sodann die Behauptung des Beklagten anbetrifft, daß man beim Schlachten der Kuh unterlassen, eine gesetzliche Expertise zur Anwendung zu bringen, so ist dagegen zu bemerken, daß das Amtsgericht von Burgdorf im Prozesse Herrmann gegen Weil den Nachweis des Währschaftsmangels als erbracht angenommen, ferner, daß von Seite der Kläger dem Beklagten der Streit, mit dem sie von J. Kindler bedroht waren, verkündet worden mit der Erklärung, daß sie vom Prozeß abstehen, falls derselbe nicht vom Beklagten übernommen werde, daß aber der Beklagte die Uebernahme des Streites verweigert und er deßwegen den erwähnten Nachweis auch als für sich verbindlich anerkennen muß. § 42, lemma 2 des aarg. P.-O.

Der Beklagte will aber die sofortige Abweisung der Klage auch durch die Behauptung motiviren, daß die Akten keinen Zweifel übrig lassen, daß die in Oberburg geschlachtete Kuh nicht diejenige sei, welche er im Juni 1878 in Aarau dem einen der Kläger, dem J. Zbinden, veräußert habe. Diese Behauptung erzeigt sich jedoch als unrichtig. Wenn es auch wahr ist, daß im Gesundheitsscheine, den der Beklagte am 19. Juni 1878 dem Käufer übergeben, die Kuh als 3 Jahre alt bezeichnet, dagegen im Gesundheitsscheine, welchen Kindler am 4. Juli 1878 ausfolgte, das Alter derselben zu 4 Jahren bestimmt wird, ferner, wenn in einem Gesundheitsscheine die Kuh als „Rothfleck“, im andern dagegen

als „Rothscheck" angegeben wird, so kann daraus noch nicht auf den Mangel der Identität der Kuh geschlossen werden. Die Gesundheitsscheine werden oft zu wenig sorgfältig ausgestellt, als daß die erwähnte Verschiedenheit des Inhalts der beiden Scheine die behauptete Folgerung zu rechtfertigen vermöchte. Der Beklagte hat dann noch, um den Mangel der Identität der Kuh zu konstatiren, Beweise angerufen. Hier bewegt sich jedoch der Beklagte auf dem Gebiete des prozeßualisch verbotenen direkten Gegenbeweises. Aufgabe des Klägers ist es, darzuthun, daß die Kuh, wegen welcher der Klagetheil dem J. Kindler Schadensersatz zu leisten hatte, diejenige sei, die der Beklagte im Juni 1878 auf dem Markte in Aarau dem Joh. Zbinden zu kaufen gegeben. — Durch das Urtheil des Bezirksgerichts ist auf einen daherigen Beweis erkennt worden und muß es daher bei diesem Urtheil sein Verbleiben haben.

**10. Bis zur Aufhebung der Beistandschaft konnte eine Weibsperson nur mit ausdrücklicher Bewilligung der Vormundschaftsbehörde ein Gewerbe führen; führte sie ein Gewerbe ohne eine solche Bewilligung und ohne Bewilligung des Beistandes (§ 398 des a. b. G.), so haftete sie bezüglich der Rechtsgeschäfte, die sie im Interesse des Gewerbes abschloß, immerhin so weit, als sie dadurch lucirte.**

(Urtheil vom 30. März 1881.)

Frau A. Gloor von Seon, welche, nachdem ihr Mann in den Geldstag gefallen, einen Mehlhandel betrieben, ist ihrem Lieferanten eine beträchtliche Summe schuldig geworden und hat hiefür eine Schuldverpflichtung ausgestellt. Als gegen Frau Gloor Klage angehoben worden, hielt sie die Einrede entgegen, daß die von ihr ausgestellte Schuldverpflichtung für sie unverbindlich sei, weil sie nach Mitgabe des § 398 des a. b. G. als Ehefrau eines Vergeltstagten ohne Zustimmung ihres Beistandes sich nicht rechtsgültig habe verpflichten können. Der Kläger hat die Einwendung durch die Replik zu zerstören unternommen, daß der § 398 im Falle cessire, weil der Beklagten nach der Vergeldstagung ihres Mannes im Sinne von § 397 des a. b. G. vom Gemeinderath die Führung des Mehlgeschäftes gestattet worden. Diese von der Beklagten bestrittene Replik wäre allerdings erheblich und müßte

auf deren Beweis erkennt werden, wenn der Klagschluß nicht von einem andern unten zu berührenden Standpunkt aus schon jetzt als begründet erklärt werden müßte. Der Auffassung des Bezirksgerichts kann nicht beigepflichtet werden, wonach der fragl. Beweis überflüssig wäre, weil der offenkundige Betrieb der Mehlhandlung durch Frau Gloor darauf schließen lasse, daß die Waisenbehörde stillschweigend damit einverstanden gewesen. Abgesehen davon, daß der replikantische Beweisantrag selbst weiter geht und behauptet, daß der Gemeinderath der Frau Gloor die Führung des Mehlgeschäftes gestattet, so begnügt sich das Gesetz mit einer stillschweigenden Bewilligung nicht, es will eine ausdrückliche Bewilligung, wie schon wiederholt richterlich entschieden worden.

Es ergibt sich nun aber im Weitern Folgendes: Eine Weibsperson, welche offenkundig Jahre lang selbstständig ein Gewerbe betreibt, kann sich ihrer Schulden nicht schlechtweg mit der Einrede der Ungültigkeit eingegangener Verbindlichkeiten entschlagen. Es ist nämlich anzunehmen, daß, wenn § 398 des a. b. G. den Frauen Vergeldstagter das Privilegium einräume, die Vollziehung eines ohne Mitwirkung ihres Beistandes abgeschlossenen Vertrages abzulehnen, diese Bestimmung den Frauenspersonen noch keinen Freibrief ausstelle, das Publikum nach Belieben zu prellen. Wohl hat jener § die Frauen Vergeldstagter berechtigt, sich im Falle der Nichtmitwirkung des Beistandes von dem gegebenen Vertragsverhältnisse loszusagen, aber nicht in dem Verstande, daß die Frauensperson die Leistung des Gegencontrahenten lucriren und dem Letztern einfach das Nachsehen lassen dürfe, sondern vielmehr in dem Sinne, daß sie als Gegenleistung für die Dispensation von der Vertragserfüllung das auf Grundlage des Vertrages Erhaltene, resp. den Werth, zurückerstatte. Eine Frauensperson, die offenkundig ein Gewerbe ausübt und mit Beziehung auf dieses Verträge abschließt, berechtigt das Publikum zur Annahme, daß es mit einer handlungsfähigen Person zu thun habe. Und wenn sie dann hintendrein ihren Geschäftsfreunden die Bezahlung unter Vorschützung der Einrede der Handlungsunfähigkeit verweigert, so macht sie sich des Vertrauensmißbrauches, des Prellereiversuches schuldig und es ist nicht vorauszusetzen, daß der Gesetzgeber dasjenige, was er in einem Rechtsgebiete bestraft und in seinen zivilen Folgen aufgehoben wissen will, in § 398 des a. b. G. habe als statthaft erklären wollen. —

# Rechtssprechung in Strafsachen.

## Kassationsentscheide des Appellations- und Kassationshofes.

Mitgetheilt und commentirt von Hrn. Bezirksprokurator Jahn.

---

### 1. Von welchem Zeitpunkt an darf ein neues Strafgesetz angewendet werden?

(Assisenurtheil des II. Geschwornenbezirkes vom 5. Juni 1880. Kassationsentscheid des Appellations- und Kassationshofes vom 20. Oktober 1880.)

In Sachen Joh. Junker und Mith.

Am 5. Juni 1880 wurden Johann Junker und Christian Brechbühl (dieser in contumaciam) des Betruges, Christian Derendinger der Gehülfenschaft beim Betruge schuldig erklärt und von der Kriminalkammer gemäß den Artt. 231, 1; 37 und 38 des Strafgesetzbuchs verurtheilt: Junker zu 2, Brechbühl zu $2^1/_2$ Jahren Zuchthaus, Derendinger zu 4 Monaten Korrektionshaus. Junker und Derendinger legten gegen das Urtheil ein Kassationsbegehren ein, in welchem sie behaupteten, die Kriminalkammer habe in ihrem Erkenntnisse das Strafgesetz falsch angewendet (St.-V. Art. 479, Ziff. 4); sie hätte nämlich, wurde geltend gemacht, nicht mehr Art. 231, 1 St.-G., sondern § 14 des Gesetzes betreffend einige Abänderungen des Strafverfahrens und des Strafgesetzbuches vom 2. Mai 1880 anwenden sollen, nach welchem Gesetze der Betrug nur noch als Vergehen behandelt und nur mit korrektionellen statt mit peinlichen Strafen belegt werde.

Das Kassationsbegehren gelangte am 20. Oktober 1880 zur Beurtheilung. Der Appellations- und Kassationshof legte seinem Entscheide folgende Motive zu Grunde:

„1. Daß nach Ansicht der Kassationskläger Junker nnd Derendinger das Strafgesetz falsch angewendet worden sein soll, weil zur Zeit von dessen Ausfällung der Art. 231, Ziff. 1 St.-G., auf den sich das Urtheil beruft, aufgehoben und an die Stelle desselben der § 14 des Abänderungsgesetzes vom 2. Mai 1880 getreten gewesen sei und weil im fernern, gemäß dem in Art. 3 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetze aufgestellten Grundsatze das spätere mildere Gesetz auf alle strafbaren Handlungen anzuwenden sei, welche unter der Herrschaft desselben zur Beurtheilung gelangen;

„2. daß nun zwar das erwähnte Abänderungsgesetz vom 2. Mai 1880 in seiner Schlußbestimmung den Beginn der Rechtskraft auf diesen Zeitpunkt als den Tag der Volksabstimmung und der erfolgten Annahme in derselben festsetzt;

„3. daß indessen, nach einem allgemein geltenden Rechtssatze, welcher auch in den Satzungen 1 und 7 des Einleitungstitels zum Civilgesetzbuche Ausdruck gefunden hat, die Anwendbarkeit eines jeden Gesetzes unter die fernere Voraussetzung der in gehöriger Form erfolgten Bekanntmachung desselben gestellt wird, und diese gesetzlich vorgeschriebene Publikationsweise in dem Drucke, beziehungsweise der Einrückung in die Sammlung der Gesetze und Dekrete besteht (vergl. § 3 der Verordnung vom 22. Juni 1855, offizielle Gesetzessammlung, Band VIII, S. 209);

„4. daß der amtliche Druckbogen, welcher die in Frage stehende Gesetzesnovelle enthält, dem Amtsblatte Nr. 48 vom 15. Juni 1880 beigegeben wurde und letzteres überdieß das betreffende Gesetz in extenso enthält, so daß die erforderliche Bekanntmachung desselben erst als mit diesem Zeitpunkte stattgefunden angenommen werden darf;

„5. daß somit dem angefochtenen Assisenurtheile keine falsche Anwendung (des Strafgesetzes) zu Grunde liegt."

Die Kassationsbegehren wurden abgewiesen.

Die im Motive 3 angeführten Bestimmungen (Satz. 1 und 7 des Einleitungstitels zum Civilgesetze und § 3 der Verordnung vom 22. Juni 1855) stellen nicht direkt auf, daß ein Gesetz erst dann angewendet werden könne, wenn es in einer gesetzlich bestimmten Weise bekannt gemacht worden sei, sie enthalten vielmehr Vorschriften darüber, in welcher Weise die Gesetze bekannt gemacht werden sollen. -- Es ist natürlich selbstverständlich, daß kein Gesetz zur Anwendung kommen kann, bevor es bekannt gemacht worden ist. Allein was unter Bekanntmachung zu verstehen ist, darüber kann man verschiedener Ansicht sein. Vor dem Referendumsgesetze war der Große Rath gesetzgebender Körper, die Gesetze wurden erst bekannt, nachdem ihnen diese Behörde Gesetzeskraft ertheilt hatte. Jetzt ist es eigentlich das Volk, welches die Vorlagen des Großen Rathes durch seine Annahme zum Gesetze macht und die Vorlagen werden durch Vertheilung an die Stimmberechtigten bekannt, noch bevor sie Gesetz sind. — Die Nothwendigkeit, welche den allgemein anerkannten Rechtssatz veranlaßte, ein Gesetz müsse gehörig bekannt gemacht worden sein, bevor man es anwende, was in den oben citirten Gesetzen im Kanton Bern theilweise zum Ausdrucke gelangt, bestand darin, daß früher dem Volke kein Gesetz mitgetheilt wurde, bevor es Gesetz war, d. h. nicht das Volk

machte sich sein Gesetz, sondern es wurde ihm gegeben und man konnte natürlich die Anwendung eines unbekannten Gesetzes nicht verlangen. Darum mußte es publizirt werden. Jetzt sind die bernischen staatsrechtlichen Verhältnisse anders geworden und die Nothwendigkeit, einem Gesetze noch durch eine feierliche Promulgation und Bekanntmachung, nachdem es ja schon bekannt gemacht worden, Anwendungskraft zu ertheilen, ist für uns weggefallen.

Seit wir das Referendum haben, geschieht die Beurkundung der erfolgten Annahme einer Gesetzesvorlage stets nur in einem stereotypen Protokolle des Regierungsrathes. Dieses Protokoll datirt in casu vom 22. Mai 1880 und die Mittheilung des Regierungsrathes an den Großen Rath über die Volksabstimmung war auch schon vor dem 5. Juni 1880 erfolgt.

Dessen ungeachtet glaubten die Kriminalkammer und der Appellationshof, sie seien nicht befugt, die Novelle vom 2. Mai 1880 anzuwenden. Diese Anschauung mag theoretisch richtig sein. Es wäre indessen zu wünschen, daß in unzweideutiger Weise festgestellt würde, welche Behörde und in welcher Form diese zu dokumentiren hat, ob eine Vorlage die Referendumsklippen als Gesetz durchschifft habe und daß es nicht von der Zufälligkeit, ob 1, $1\frac{1}{2}$ oder 2 Bogen dem Amtsblatte beigegeben werden sollen, abhängt, ob ein Gesetz zur Anwendung gelangen kann oder noch warten muß. Namentlich ist dieß zu wünschen, wenn das Gesetz sofort nach seiner Annahme in Kraft treten soll.

Die Beurtheilung des Kassationsbegehrens hatte sich auf den 20. Oktober vertagt, weil außer mehreren Civilparteien auch der in contumaciam verurtheilte Brechbühl, dieser auf dem Ediktalwege, vom Termin in Kenntniß gesetzt, resp. citirt worden waren. Nach dem Wortlaute unseres Strafprozesses mußten diese Formalitäten beobachtet werden, wenigstens in Bezug auf die Civilparteien, obschon die Kassation nur hinsichtlich des Strafpunktes, resp. der Strafart verlangt worden war. Ob die Vorladung Brechbühls nothwendig war, möchten wir bezweifeln. Art. 456 St.-V., welcher auch beim Kassationsverfahren angewendet wird (vgl. Art. 483 St.-V.), wird von der Polizeikammer so praktizirt, daß, wenn von mehreren Verurtheilten nur einzelne das Rechtsmittel der Appellation erklärt haben, nur diese als Partei behandelt werden, nicht aber auch die übrigen Verurtheilten. — Es hatte dieß zur Folge, daß Derendinger, für dessen Kassationsgesuch kein gutes Wort zu sagen war, während $4\frac{1}{2}$ Monaten im Untersuchungsgefängniß warten mußte, um dann seine Strafe von 4 Monaten Korrektionshaus anzutreten.

## 2. Verwerflichkeitsgründe hinsichtlich Staatsanwalt und Geschwornen erst nach gefälltem Urtheil in Erfahrung gebracht.

(Urtheil des Assisenhofes des IV. Bezirkes vom 12. März 1880, des Appellations- und Kassationshofes vom 11. Juni 1880.)

In Sachen Jakob Tschantre.

Jakob Tschantre, s. Z. durch Verdikt der Geschwornen von der Anklage auf Brandstiftung freigesprochen, war infolge eines Revisionsurtheils, welches sich auf ein außergerichtliches Geständniß gründete, neuerdings unter der nämlichen Anklage den Assisen überwiesen worden. Dießmal endete die Verhandlung mit Verurtheilung zu 8 Jahren Zuchthaus.

Gegen dieses Urtheil legte Tschantre ein Kassationsbegehren ein, welches er im Wesentlichen folgendermaßen begründete:

1. Er habe nach seiner Verurtheilung in Erfahrung gebracht, daß der Geschworne R. schon vor der Hauptverhandlung seine Ansicht über die Strafbarkeit des Angeklagten öffentlich ausgesprochen habe, indem er sich gegenüber Regierungsstatthalter B. geäußert, er nehme an, der Angeklagte Jakob Tschantre werde ihn verwerfen.

2. Während der Hauptverhandlung habe der Staatsanwalt außergerichtlich mit den Geschwornen verkehrt und den Versuch gemacht, dieselben von der Schuld des Angeklagten zu überzeugen. Er habe sich namentlich auch geäußert, er sei von der Schuld des Angeklagten überzeugt.

Es fand über die im Kassationsbegehren geltend gemachten Thatsachen eine Beweisaufnahme statt und am 11. Juni 1880 wurde das eingelegte Rechtsmittel verworfen, unter den Motiven:

1. Daß durch das stattgehabte Beweisverfahren (Art. 485 St.=V.) zwar nicht alle Anbringen des Kassationsgesuches erwiesen wurden; aber immerhin soviel als thatsächlich festgestellt erscheint, daß theils vor, theils während der Hauptverhandlung des Straffalles Jakob Tschantre, sowohl der Geschworne R. als der Staatsanwalt B. ihre Ansicht im Sinne der Strafbarkeit des Angeklagten außergerichtlich und theilweise öffentlich ausgesprochen haben;

2. daß, wenn dem Angeklagten dieser Umstand noch vor dem Urtheil zur Kenntniß gelangt wäre, hieraus für ihn der in Art. 28, Ziff. 3, St.=V. enthaltene bestimmte Verwerflichkeitsgrund gegen den genannten Geschwornen und Staatsanwalt entstanden sein würde (vgl. Art. 30 und 33 St.=V.);

3. daß es sich nun wesentlich frägt, ob nach dem Urtheil und nach beschrittener Rechtskraft desselben dieser Grund auch in der Kassationsinstanz, beziehungsweise als Kassationsgrund geltend gemacht werden könne;

4. daß diese Frage in verneinendem Sinne zu beantworten ist aus folgenden Erwägungen:

a) Nach Art. 479, Ziff. 1, St.-V. kann der Verurtheilte das Rechtsmittel der Kassation gegen ein Endurtheil des Assisengerichts ergreifen, wenn gegen den oder die Betreffenden (Gerichtspersonen) einer der in Art. 27 St.-V. bezeichneten Unfähigkeitsgründe vorlag.

b) In Titel III des ersten Buches des Strafprozesses, handelnd „von den Rekusationen" sind die Gründe, aus denen eine Gerichtsperson beziehungsweise ein Geschworner und ebenso ein Beamter der Staatsanwaltschaft (vergl. Art. 33 St.-V.) unfähig zu verhandeln ist (St.-V. Art. 27), von denjenigen Gründen, aus welchen der Betreffende verworfen werden kann (St.-V. Art. 28), scharf auseinandergehalten und es zeigt sich diese Unterscheidung zwischen Unfähigkeits- und Verwerflichkeitsgründen insbesondere auch darin, daß die ersteren zur Geltendmachung ex officio verpflichten, während eine Partei die letzteren nach Belieben anbringen oder übergehen kann (St.-V. Art. 31 vgl. mit 32).

c) Es muß hieraus geschlossen werden, daß, wenn der Gesetzgeber die Zulässigkeit der Kassation im Falle von Ziff. 1 des Art. 479 St.-V. expressis verbis auf die Fälle einschränkt, wo gegen den Betreffenden ein Unfähigkeitsgrund vorlag, er dieß mit vollem Bewußtsein gethan hat und damit insbesondere die Kassation beim Vorwalten bloßer Verwerflichkeitsgründe in unzweideutigster Weise ausschließen wollte.

d) Es kann hiegegen auch der mit dem deutschen nicht ganz übereinstimmende französische Text des Gesetzbuches über das Verfahren in Strafsachen nicht mit Erfolg angerufen werden.

e) Abgesehen davon, daß der Wortlaut des Art. 479 St.-V. für eine streng limitative Behandlung der Kassationsgründe spricht und dieß auch zur Zeit der Erlassung des Gesetzbuches so aufgefaßt worden zu sein scheint (vgl. Höchster, Lehrbuch des französischen Strafprozesses unter Berücksichtigung des Berner Gesetzes vom 2. März 1850, Seite 537), ließe sich eine willkürliche Vermehrung der Kassationsgründe über die im Gesetze ausdrücklich vorgesehenen Fälle hinaus grundsätzlich auch deßhalb nicht rechtfertigen, weil dieselbe in ihrer

Folge das auf der Voraussetzung der bereits eingetretenen Rechtskraft des Urtheils beruhende Rechtsmittel der Kassation thatsächlich in das Rechtsmittel der Appellation hinüberführen würde, welch' letzteres eben bei den Urtheilen des Assisenhofes ausgeschlossen sein soll.

5. Daß dem Gesagten zufolge, weil keiner der in Art. 27 bezeichneten Unfähigkeitsgründe, sondern bloß der Eingangs erwähnte Verwerflichkeitsgrund vorlag, Jakob Tschantre sich nicht auf das Zutreffen der Voraussetzung des Art. 479, Ziff. 1 St.-V. zur Begründung seines Kassationsgesuches berufen kann und anderweitige Kassationsgründe nicht vorliegen.

### 3. Aushändigung geschriebener Zeugenaussagen an die Geschwornen. — Mitwirkung von „rekusablen" Geschwornen.

(Assisenurtheil des II. Bezirkes vom 12. Oktober 1880, Entscheid des Appellations- und Kassationshofes vom 27. Dezember 1880.)

In Sachen Friedrich Bähni.

Von den Assisen des II. Bezirkes war Friedrich Bähni am 12. Oktober 1880 wegen Mißhandlung, welche den Tod des Verletzten zur Folge hatte und mit einem gefährlichen Instrumente begangen worden war, zu 4 Jahren Zuchthaus verurtheilt worden. (St.-G. Art. 139 und 144).

Bähni verlangte Kassation des Urtheils und brachte zur Begründung seines Begehrens an: 1. Während der Berathung habe ein Geschworner das Berathungszimmer verlassen, um sich auf den Abtritt zu begeben (St.-V. Art. 437 und 479, Ziff. 3). 2. Den Geschwornen seien, entgegen Art. 434 St.-V., die geschriebenen Zeugenaussagen mit den Prozeßakten übergeben worden. 3. Es seien während des Hauptverfahrens Drohbriefe an die Geschwornen gerichtet worden. 4. Es haben einige Geschwornen vor dem Wahrspruche sich über die Schuld oder Nichtschuld des Angeklagten geäußert und demnach ihre Ansicht über den Straffall abgegeben. — Diese Gründe wurden nachträglich noch vermehrt, allein mit solchen Anbringen, deren Unrichtigkeit eine vorgenommene Beweisaufnahme herausstellte.

Ueber den sub Ziff. 1 angeführten Kassationsgrund fand eine Beweisführung statt.

Das Kassationsgesuch wurde am 27. Dezember 1880 abgewiesen. Von den Motiven theilen wir folgende mit:

1. . . . .

2. Daß nur über die Behauptung sub Ziff. 1 eine Beweisführung angeordnet worden, womit implicite festgestellt war, daß die anderen Faktoren, deren Thatbestand ebenso wenig aus dem angegriffenen Erkenntniß sich eruiren läßt, für die Beurtheilung des Kassationsbegehrens unerheblich sind.

3. Daß, was die Aushändigung der geschriebenen Zeugenaussagen an die Geschwornen anbetrifft, dieselbe zwar in konsequenter Durchführung des Prinzips der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Gerichtsverhandlung gesetzlich untersagt ist, — eine Verletzung dieser Vorschriften aber das soeben erwähnte Prinzip der Mündlichkeit des Verfahrens nicht in dem Maße zu affiziren vermag, daß Nullität des Urtheils im Sinne von Art. 479, 3 St.-V. daraus hergeleitet werden könnte.

4. Daß durch den vorgeblichen Einschüchterungsversuch an die Geschwornen ihre Fähigkeit zur Abgabe des Wahrspruches nicht in Frage gestellt wurde.

5. Daß, abgesehen von der Frage, ob Rekusationsgründe, welche dem Kassationskläger erst nach Schluß der Verhandlung und Ausfällung des Urtheils bekannt werden und deren rechtzeitige Geltendmachung nach Art. 31—33 St.-V. deßhalb ausgeschlossen ist, gleich den Unfähigkeitsgründen (St.-V. Art. 479, Ziff. 1) in der Kassationsinstanz noch angebracht werden dürfen, in casu gar nicht behauptet wird, daß der Kassationskläger erst nach dem Urtheil von den angeblichen Rekusationsthatsachen Kenntniß erlangt habe.

6. Daß nach Mitgabe der Beweisführung der Geschworne B. das Berathungszimmer nicht während, sondern vor Beginn der Berathung unter Anzeige an den Vorsteher auf einen kurzen Augenblick verlassen hat, um ein natürliches Bedürfniß zu befriedigen — ein Umstand, der mit dem Verbote des Art. 437 St.-V. nichts gemein hat und deßhalb auch nicht als Kassationsgrund in Betracht fällt.

Bemerkungen:

Ad Motiv 3. Es handelt sich um eine Verletzung des Art. 434 St.-V. Der deutsche und der französische Text unseres Strafprozesses stimmen hier nicht überein. Während der deutsche Text die Mitgabe der Anklageakte vorschreibt, verbietet dieß der französische. Der deutsche Text muß als maßgebend erachtet werden und mit ihm stimmt vollständig überein Art. 341, C. d'Instruction criminelle: « le président . . . . .

leur remettra en même temps l'acte d'accusation». Wenn nun die Mitgabe der Anklageakte gesetzlich vorgeschrieben ist und die Anklageakte ja eine Reihe von Schuldmomenten, auch Zeugenaussagen der Voruntersuchung enthalten kann, so ist gewiß die Mitgabe der geschriebenen Zeugenaussagen nicht als Verletzung einer wesentlichen Förmlichkeit zu bezeichnen.

In ähnlichem Sinne wurde am 24. Mai 1878 das Kassationsgesuch eines Niklaus, welcher am 27. April 1878 von den Assisen in Burgdorf wegen Mord zu lebenslänglicher Zuchthausstrafe verurtheilt worden, abgewiesen. Als Kassationsgrund war die Mitgabe sämmtlicher Voruntersuchungsakten bezeichnet worden.

Ad Motiv 4. Die mündliche Kassationsklage ließ diese Begründung fallen, behielt sich aber vor, die Drohbriefe in einer allfälligen Revision zu verwerthen.

Ad Motiv 5. Trotzdem im Kassationsurtheile Jak. Tschantre mit einläßlicher Motivirung entschieden worden war, es könne die Mitwirkung einer rekusabeln Gerichtsperson (mit Einschluß der Beamten der Staatsanwaltschaft, der Untersuchungsrichter und der Gerichtsschreiber) in der Kassationsinstanz, d. h. nach gefälltem Urtheil nicht als Kassationsgrund geltend gemacht werden, wird doch immer und immer wieder versucht, diese Praxis, wir möchten sie Anwendung einer unzweideutigen Gesetzesbestimmung nennen, umzustoßen.

Wir erlauben uns, unsere Anschauung hierüber auseinanderzusetzen:

a. Im Urtheil Tschantre wird in Motiv Ziff. 2 behauptet, es hätte der Angeklagte, wenn ihm der Umstand, daß der Geschworne R. seine Ansicht im Sinne der Strafbarkeit geäußert, vor dem Urtheil bekannt gewesen, gegen diesen Geschwornen einen bestimmten Verwerflichkeitsgrund geltend machen können. — Hier erlauben wir uns ein Fragezeichen. Denn wir behaupten, die Geschwornen fallen nicht unter den Begriff der Gerichtspersonen, wie solche vom bernischen Strafprozesse in Art. 27 ff. bezeichnet werden und denen die Beamten der Staatsanwaltschaft, die Untersuchungsrichter und die Gerichtsschreiber hinsichtlich der Rekusationen gleichgestellt sind. — Wir geben gerne zu, daß es verlockend ist, den Geschwornen einfach der Gerichtsperson einzureihen, weil ja der Geschworne auch zu denjenigen Personen gehört, welche durch Abgabe ihrer Stimme ein Urtheil bilden. Wir halten aber diese Ansicht gleichwohl für unrichtig:

Vorerst darf bemerkt werden, daß Titel III des ersten Buches unseres Strafverfahrens mit keinem Worte des Geschwornen

erwähnt.*) Es ist die Rede von Gerichtspersonen, denen einige andere Beamte gleichgestellt werden (vide namentlich Art. 31). In denjenigen Anordnungen, welche festsetzen, durch welche Behörde Verwerfungsurtheile gefällt werden sollen, finden wir als verwerfbare Personen bezeichnet: den Präsidenten, die Mitglieder und den Gerichtsschreiber des Amtsgerichts, den Präsidenten, die Mitglieder und den Gerichtsschreiber der Anklagekammer u. s. w.; aber von Geschwornen ist nicht die Rede (St.-V. Art. 35.).

Man wird uns einwenden, daß die Geschwornen von den berechtigten Parteien im einzelnen Falle ganz nach Belieben verworfen oder angenommen werden und daß die Verwerfungsgründe nicht angegeben werden dürfen (St.-V. Art. 366), daß daher auch eine Aufzählung von Unfähigkeits- resp. Verwerflichkeisgründen hinsichtlich der Geschwornen überflüssig sei. — Aber dieser Umstand spricht ebensowohl auch für unsere Anschauung:

Nehmen wir folgenden Fall: Eine Partei erfährt im Laufe der Hauptverhandlung, daß gegen einen Geschwornen ein Unfähigkeits- oder Verwerflichkeitsgrund vorliegt. Was für Rechtsmittel stehen ihr zu Gebote: Sie kann einen Incident aufwerfen und verlangen, daß der Geschworne seiner Funktionen enthoben werde. Aber an welches Gericht muß sie ihr Gesuch stellen? An die Kriminalkammer etwa. Diese wird antworten, sie sei hiezu nicht kompetent, indem sie im Strafprozesse umsonst nach einer Bestimmung suchen würde, welche ihr die Berechtigung einräumte, einen Geschwornen seines Amtes zu entheben; sie wird aber auch antworten, das Gesuch müsse begründet werden. Begründen kann und darf der Antragsteller sein Gesuch nicht; denn die Verwerfungsgründe dürfen gar nicht angegeben werden. Und man kann einem Gerichtshofe doch nicht zumuthen, daß er auf Treue und Glauben hin alles für wahr annehme, was irgend eine Partei behauptet. Wollte man die Kriminalkammer hiezu verbinden, so brauchten Staatsanwalt oder Vertheidiger ganz einfach im Laufe der Verhandlung, wenn ihnen der Fall etwas schief läge, die Verwerfung einiger Geschworner zu beantragen und es könnte auf diese Weise das Urtheil ad infinitum verschleppt werden.

Wir sagen ferner, wenn das Gesetz hinsichtlich der Verwerfung der Geschwornen den Parteien möglichst freie Hand lassen will, so will es eben dem Angeklagten gestatten, auch solche Geschworne

---

*) Der französische Text bezeichnet als Personen, welche unter die Refusationsbestimmungen fallen: les juges, les magistrats du ministère public, les juges d'instruction, les greffiers des cours et tribunaux, aber nirgends spricht er von den Geschwornen (jurés).

mitwirken zu lassen, welche ihm, nach seiner Ansicht, günstig gestimmt sind. Es will ihn nicht zwingen, solche Geschworne zu verwerfen. Es stellt dieß vollständig den Parteien anheim, indem es von der Voraussetzung ausgeht, die Staatsanwaltschaft und der Angeklagte werden bei der Bildung der Jury ihre Rechte und Pflichten zu wahren nnd erfüllen wissen. Wir glauben nicht, daß unser Strafprozeß die Mitwirkung solcher Geschwornen, gegen welche Unfähigkeits- oder Verwerflichkeitsgründe (Art. 27 und 28 St.-V.) vorliegen, absolut verbiete, sondern es läßt hierin den Parteien freie Hand.

Gegen die Uebelstände, welche unsere Anschauung in der Praxis nach sich ziehen könnte, indem vielleicht nahe Verwandte einer Partei in die Jury zu sitzen kämen, gibt es mehrfache Korrektive. Es ist selbstverständlich, daß die Parteien die Bildung einer derartigen Geschwornenbank durch Anwendung ihres Verwerfungsrechtes nicht zulassen würden und die Parteien sind, da ja (G.-O. § 23) die Geschwornen wenigstens 8 Tage vor Eröffnung der Assisen in öffentlicher Sitzung des Obergerichts durch das Loos bezeichnet werden, in der Lage, sich rechtzeitig über allfällige persönliche Verhältnisse der Herausgelosten zu orientiren.

Es liegt im Prinzipe der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit, die ganze Hauptverhandlung in einem Verfahren zu erledigen, nicht stückweise vorzubringen, namentlich aber auch Verschleppungen vorzubeugen. Wenn einerseits den Parteien alle möglichen Cautelen gegeben werden, vor Beginn der Hauptverhandlung ihre zweckentsprechenden Vorkehren zu treffen, so darf denn wohl dagegen verlangt werden, daß eine Nachlässigkeit in der Wahrung der Parteiinteressen von der nachlässigen Partei nicht zu endlosen Verschleppungen mißbraucht werden solle.

b. Daß wir mit unserer Anschauung, die Geschwornen seien bezüglich der Rekusationen nicht mit den Gerichtspersonen zu identifiziren, nicht allein stehen, beweist die Strafprozeßordnung für das deutsche Reich.

Dieses Gesetz unterscheidet für die Richter Ausschließungs- und Ablehnungsgründe und läßt beide auch anwenden auf Schöffen und Gerichtsschreiber. Die Ausschließungsgründe gelten auch für Geschworne. Wenn es sich von selbst verstände, daß die Geschwornen auch zu den Richtern gehören, so wäre eine besondere Erwähnung derselben nicht nöthig gewesen. Daß aber der deutsche Strafprozeß die Ausschließungs- resp. Unfähigkeitsgründe, welche er für den Richter aufstellt, ausdrücklich auch für die Geschwornen anwendet, beweist, daß er ihre Identität nicht als selbstverständlich erachtet. So bezeichnet auch § 377, Ziff. 2 desselben Gesetzes

als Revisions- resp. Kassationsgrund: „Wenn bei dem Urtheil ein Richter, Geschworner oder Schöffe mitgewirkt hat, welcher von der Ausübung des Richteramtes kraft des Gesetzes ausgeschlossen war.“ Er bedient sich nicht des allgemeinen Ausdrucks „Gerichtsperson“. Die Mitwirkung eines Geschwornen sodann, welchen eine Partei nicht abgelehnt hat, obschon sie Gründe gehabt hätte, ihn wegen Befangenheit abzulehnen, bildet nach deutschem Strafprozeßrechte auch dann keinen Revisions- resp. Kassationsgrund, wenn die Partei erst im Laufe der Verhandlung den Ablehnungsgrund entdeckte, oder dieser erst im Laufe der Verhandlung entstand, die daherige Bestimmung in § 377, Ziff. 3 bezieht sich nur auf Richter und Schöffen.

Wir resümiren dahin:

1. Das bernische Strafverfahren begreift unter dem Ausdruck Gerichtsperson in Art. 27 u. ff. nicht auch Geschworne (vide Art. 31).

2. Es fehlt ihm an jeder Bestimmung darüber, wer den Entscheid über ein im Laufe der Verhandlung aufgeworfenes Gesuch auf Rekusation eines Geschwornen fällen sollte, ein solches Gesuch kann auch gar nicht beurtheilt werden, weil das Gesetz seine Begründung verbietet. — Also will es solche Rekusationsbegehren resp. Urtheile gar nicht.

3. Das Gesetz gibt den Parteien genügende Mittel und Wege an die Hand, um ihre Rechte bei der Bildung der Jury geltend zu machen.

4. Allfällige, im Laufe der Verhandlung zu Tage tretende oder erst nach dem Urtheil bekannt gewordene Gründe, welche eine Gerichtsperson, mit Einschluß der Beamten der Staatsanwaltschaft, der Untersuchungsrichter und Gerichtsschreiber unfähig oder verwerflich machen würden, finden auf die Geschwornen nicht Anwendung.

Sollte die Anschauung, daß die Mitwirkung solcher Geschwornen, welche als Gerichtspersonen unfähig wären, einen Kassationsgrund bilde, oder daß selbst die Mitwirkung solcher Geschwornen, hinsichtlich welcher nur Verwerflichkeitsgründe vorliegen, auch dann noch als Kassationsgrund geltend gemacht werden könne, wenn sie erst nach Ausfällung des Urtheils bekannt geworden sind, zum Siege gelangen, so müßten wohl die meisten Assisenurtheile kassirt werden. Wir glauben aber, wo das Gesetz in streng limitativer Weise Bestimmungen aufstelle, dürfe nicht, weil hie und da Jemand sich verletzt glaubt, ohne Weiteres angenommen werden, der Gesetzgeber habe eine Auslassung begangen, welche nun durch die Praxis ergänzt werden müsse. Richtiger ist es jedenfalls, dem Gesetzgeber

nicht sofort Unvollkommenheit und Stückwerk vorzuwerfen, sondern vorerst zu prüfen, warum er so und nicht anders verfügt habe.

### 4. Gehört die Frage auf Vorstrafen des Angeklagten zu denjenigen Fragen, welche die Geschwornen zu beantworten haben? — Was ist „gewaltsame Erbrechung eines Behältnisses?" St.-G. Art. 210, Ziff. 5.

(Assisenurtheil des II. Bezirkes vom 25. Februar 1881. Kassationsentscheid vom 21. April 1881.)

In Sachen Samuel Holzer.

Durch Beschluß der Anklagekammer vom 29. Januar 1881 war Samuel Holzer nebst andern Angeklagten den Assisen des II. Bezirkes überwiesen worden wegen Widerhandlung gegen Art. 210, 5 St.-G. Die Handlung des Holzer fiel aber auch unter die Strafbestimmungen von Art. 210, Ziff. 1 St.-G. Darauf aufmerksam gemacht, daß der Ueberweisungsbeschluß der Anklagekammer diese letztere Qualifikation nicht enthalte, erklärte der Generalprokurator, er halte dafür, daß derartige Straferhöhungsgründe (Rückfall, ersichtlich aus dem Verzeichniß der Vorstrafen) nicht Gegenstand der Fragenstellung an die Geschwornen bilden, sondern von der Kriminalkammer bei der Ausfällung des Urtheils von Amteswegen zu berücksichtigen seien. Demnach gehören sie auch nicht in den Ueberweisungsbeschluß.

Die Geschwornen erklärten nun den Holzer des Diebstahls an einem Koffer mit Büchern und Kleidern für schuldig; verneinten aber die Frage, ob dieser Diebstahl mit gewaltsamer Erbrechung eines Behältnisses begangen worden sei. Da gleichzeitig der Koffer mit Inhalt nur auf Fr. 200 taxirt worden, so lag nach dem Verdikt an und für sich ein einfacher Diebstahl vor, der gemäß Art. 211, 2a St.-G. mit Korrektionshaus bis zu 4 Jahren bestraft werden soll. Holzer hatte aber ein sehr reichhaltiges Strafregister aufzuweisen, in welchem auch mehr als 3 Bestrafungen wegen Diebstahl, unter diesen auch peinliche Strafen, figurirten. Die Staatsanwaltschaft beantragte daher, es sei auf den Angeklagten Art. 210, Ziff. 1 St.-G. anzuwenden und eine Zuchthausstrafe (18 Monate) auszusprechen. Die Kriminalkammer hielt sich indessen nicht für befugt, diesen Artikel in Anwendung zu bringen und verurtheilte Holzer gemäß Art. 211, 2a St.-G. zu 2 Jahren Korrektionshaus.

Gegen dieſes Urtheil legte die Staatsanwaltſchaft ein Kaſſationsbegehren ein und behauptete, durch das angegriffene Erkenntniß ſei das Strafgeſetz falſch angewendet worden, indem die Kriminalkammer Art. 210, 1, und nicht Art. 211, 2 a ihrem Urtheile hätte zu Grunde legen ſollen. (St.=V., Art. 479, Ziff. 4.)

Der Appellations= und Kaſſationshof erklärte durch Urtheil vom 21. April 1881 das Kaſſationsbegehren für begründet, unter Annahme folgender Motive:

1. . . . .

2. . . . .

3. Daß in thatſächlicher Beziehung hergeſtellt iſt: durch den Wahrſpruch der Geſchwornen, daß Samuel Holzer einen Diebſtahl im Werthe von über Fr. 100 begangen hat; durch die Kontrollen der Zentralpolizei, daß er früher mehr als 3 Mal, darunter peinlich, wegen Diebſtahl beſtraft worden iſt.

4. Daß zwar der Ueberweiſungsbeſchluß der Anklagekammer die Qualifikation des Art. 210 Ziff. 1 nicht aufgenommen hat, ſondern nur die, von den Geſchwornen verneinte, Qualifikation des Art. 210, Ziff. 5, betreffend Einbruch, daß aber aus dem ſchriftlichen Antrage des Generalprokurators hervorgeht, daß die Frage, ob die Qualifikation des Art. 210, Ziff. 1 in den Ueberweiſungsbeſchluß aufzunehmen ſei, von der Anklagekammer in Erörterung gezogen worden iſt und daß nach der Anſicht des Generalprokurators von der Aufnahme dieſer Qualifikation in den Ueberweiſungsbeſchluß lediglich deßhalb Umgang genommen werden ſollte, weil die Kriminalkammer auf derartige, von den Geſchwornen nicht zu beantwortende Straferhöhungsgründe von Amteswegen Rückſicht zu nehmen habe.

5. Daß es keinem Zweifel unterliegen kann, daß der Wahrſpruch der Geſchwornen ſich lediglich auf ſolche Thatſachen zu erſtrecken hat, die in unmittelbarem Zuſammenhange zum konkreten Verbrechen ſtehen und in ihrer Geſammtheit eben den Thatbeſtand dieſes Verbrechens bilden.

6. Daß es mithin auch im Verfahren vor den Geſchwornen gewiſſe Thatfragen geben muß, die nicht durch den Geſchwornenſpruch ſondern lediglich durch öffentliche Urkunden zu beantworten ſind. So z. B. das Alter einer Perſon durch die Zivilſtandsregiſter, die Vorſtrafen durch die Kontrollen der Zentralpolizei (ſollte heißen: der Polizeidirektion) u. ſ. w.

7. Daß die Krimilkammer dieſe letztern Thatfragen ebenſo gut wie die von den Geſchwornen zu beantwortenden ihrem Urtheil

zu Grunde zu legen hat und daß die Auslassung im Uebweisungsbeschlusse die Ignorirung einer durch öffentliche Urkunden festgestellten Thatsache nicht rechtfertigt.

Gemäß Art. 491 St.-V. verurtheilte der Appellations- und Kassationshof den Samuel Holzer zu 18 Monaten Zuchthaus.

Bemerkung. Der deutsche Strafprozeß bestimmt in Art. 262, alinea 3 ausdrücklich, daß die Frage nach dem Rückfall nicht Gegenstand der von den Geschwornen zu beantwortenden Fragen bilde. (Vgl.: Handbuch des deutschen Strafprozesses von Holtzendorff, Bd. II, S. 141.) — Die bernischen, dem Code d'Instruction criminelle entnommenen Bestimmungen über die Fragestellung schweigen hierüber. Unsere bernische Praxis war vor diesem Entscheide schwankend und ist es auch seither geblieben, in der Weise, daß die aus dem Rückfall resultirenden Straferhöhungsgründe bald im Ueberweisungsbeschlusse erscheinen, bald nicht und daß dem entsprechend auch die Fragen an die Geschwornen formulirt werden. — So viel sollte nun aber in der Praxis fest bleiben, daß der durch das Strafregister constatirte Rückfall in dem Urtheile der Kriminalkammer von Amteswegen berücksichtigt werden muß, abgesehen davon, ob er von den Geschwornen beantwortet sei oder nicht, und daß die Berücksichtigung auch dann stattfinden muß, wenn der Rückfall eine Handlung, die an und für sich ein Vergehen bildet, zu einem Verbrechen qualifizirt.

Der Fall Samuel Holzer war noch in anderer Hinsicht interessant. — Der fragliche Diebstahl war unter folgenden Umständen begangen worden: Holzer und ein zweiter Angeklagter entwendeten aus einem offenen Korridor im Laufe eines Nachmittags einen Koffer, den sie zu einer bekannten Familie brachten. Dort wurde das verschlossene Behältniß aufgesprengt und sein Inhalt, aus medizinischen Werken, Frauenkleidern, russischen Romanen und Kulturschilderungen, nebst einem Fläschchen Gift bestehend, vertheilt. — Die Anklagekammer erblickte in dieser Handlung einen mittelst gewaltsamer Eröffnung eines Behältnisses begangenen Diebstahl. Wie schon bemerkt, verneinten aber die Geschwornen die daherige Qualifikation. — Es sind uns nun einige Fälle ähnlicher Art bekannt, bei welchen auch die Anklagekammer keine Qualifikation annahm. — So wurde am 12. Januar 1881 (die Ueberweisung Holzers datirt vom 29. Januar 1881) ein Jakob Röthenmund, welcher in der Stadt Bern einen Ziehkarren mit einer verschlossenen Waarenkiste sich angeeignet hatte und die letztere nachher aufsprengte, den Assien überwiesen wegen Diebstahl, ohne die Qualifaktion des Art. 210, Ziff. 5 (Einbruch)

zu erwähnen, wogegen der Ueberweisungsbeschluß die Qualifikation des Art. 210, Ziff. 1 (Rückfall) aufnahm.

Dies führt uns zu der oft aufgetauchten Frage: liegt ein qualifizirter Diebstahl auch dann vor, wenn der Thäter den entwendeten Gegenstand nicht schon auf Ort und Stelle der That, sondern erst später, wenn er solchen in Gewahrsam hat, aufbricht? (Vgl. Aufzeichnungen aus den Assisen von Hrn. Oberrichter Moser. Zeitschrift des bernischen Juristenvereins Bd. IV, Fol. 53.) — Diejenige Anschauung, nach welcher auch die gewaltsame Eröffnung eines Behältnisses, das sich schon im Gewahrsam des Thäters befindet, eine Qualifikation bilden soll, hat in mehreren Gesetzgebungen Ausdruck gefunden. Sie wurde wissenschaftlich unter oft sehr gekünstelten Unterscheidungen gerechtfertigt. So z. B., man müsse unterscheiden, ob der Dieb nur den Inhalt eines Behältnisses habe stehlen wollen, dann liege die Vollendung erst in der Aneignung des Inhaltes, welchem die Erbrechung vorausgehen müsse, somit liege in diesem Falle ein qualifizirer Diebstahl vor. — Die neuern Gesetzgebungen, namentlich das deutsche Strafrecht in Art. 243, Ziff. 2 und 3, bezeichnen den Diebstahl aus einem Gebäude mittelst Erbrechens von Behältnissen oder den Diebstahl, bewirkt durch Eröffnung von im Innern befindlichen Behältnissen mittelst falscher Schlüssel ꝛc. als schweren Diebstahl. — Der gleichen Ansicht scheint im Gegensatz zu Art. 396 C. p. der französische Text unseres Strafgesetzes zu huldigen, der in Art. 210, Ziff. 5 als qualifizirten Diebstahl bezeichnet: den Diebstahl, begangen mittelst gewaltsamen Einbruchs in Gebäulichkeiten, Gemächer oder Verschläge und dort befindliche Hausgeräthe ꝛc. . . .*). Damit stimmt nun allerdings der deutsche Text unseres Strafgesetzbuches nicht ganz überein, er spricht nur von gewaltsamer Erbrechung von Behältnissen, ohne das Erbrechen auf solche Behältnisse zu beschränken, die sich auf Ort und Stelle der That vorfinden, resp. auf Ort und Stelle aufgebrochen werden. Ein eigentlicher Widerspruch besteht zwar nicht zwischen dem deutschen und französischen Texte. Nur spricht sich der französische präzis dahin aus, daß ein Behältniß, Hausgeräthe auf Ort und Stelle der That eröffnet werden müsse, um den Diebstahl zu einem qualifizirten zu machen, während der deutsche Text uns hierüber im Ungewissen läßt.

---

*) Art. 210, 5: Si le vol a été commis à l'aide d'effraction dans des maisons, chambres ou autres réduits *et dans des meubles qui s'y trouvent*. . .



Welche Anschauung ist nun aber die richtige? Wenn wir diejenigen Diebstahlsqualifikationen betrachten, welche das moderne Strafrecht aufstellt, so finden wir, daß es das Hauptgewicht auf die Intensität des sich verwirklichenden dolus legt. Der Dieb ist entschlossen, trotz bedeutender Hindernisse, seine That zu begehen, er versieht sich mit den hiezu nothwendigen Instrumenten, er braucht vielleicht lange Zeit, um seinen Plan zu studiren, die Oertlichkeiten, die Gewohnheiten der Personen kennen zu lernen. Seine That ist eine wohl überlegte; er trotzt einer großen Gefahr. — Diesen intensiven dolus, diese Frechheit, dieses Trotzen der Gefahr, finden wir nicht, wenn der Dieb rasch ein Behältniß wegnimmt, um es anderswo ungestört zu öffnen, vorausgesetzt, daß die That nicht von qualifizirenden Nebenumständen begleitet wird. Es ist ein großer Unterschied in der Stärke des verbrecherischen Willens, wenn der Thäter am hellen lichten Tage in ein Zimmer dringt und dort, unter Aufwand von viel Zeit und Arbeit eine Kassette aufbricht, oder wenn er nur rasch in's Zimmer tritt, die Kassette wegnimmt und bei sich zu Hause öffnet. Dieß ist ein Grund, der dafür spricht, die Qualifikation auf denjenigen Fall zu beschränken, wo die Behältnisse auf Ort und Stelle geöffnet werden.

Wie bereits bemerkt, spricht überdieß die moderne Strafgesetzgebung sich für die Auffassung aus, es liege eine Qualifikation nur in der Eröffnung auf Ort und Stelle. Allein auch diejenigen Strafgesetze, die einer andern Ansicht huldigten, erblickten in ihr keinen selbstverständlichen Thatbestand, sondern gaben derselben in positiver Form Ausdruck. Da es nun dem bernischen Strafgesetze (deutscher Text) an einer daherigen keineswegs selbstverständlichen Erweiterung des Qualifikationsmomentes fehlt, so dürfen wir wohl annehmen, es sei nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen, den Thatbestand des Einbruchdiebstahls so auszudehnen, wie dieß Code pénal in Art. 396 gethan.

Für diese Ansicht spricht aber auch der Thatbestand, welchen Art. 209 des bernischen Strafgesetzes für den Diebstahl verlangt: Rechtswidrige Wegnahme einer fremden beweglichen Sache, ohne Einwilligung (wohl gegen den Willen) des Eigenthümers, Besitzers oder Inhabers, in der Absicht, sich die Sache anzueignen. Mit der Wegnahme ist das Delikt consummirt. Die Wegnahme, mag man nun der Kontrektations-, oder Ablations-, oder Apprehensionstheorie huldigen, ist aber jedenfalls erfolgt, wenn der Thäter mit seiner Beute den Ort der That verläßt. Er hat sich somit nicht nur das Behältniß sondern auch dessen Inhalt zugeeignet. Was er nachher mit der gestohlenen Sache beginnt, fällt nicht mehr unter die Strafbestimmungen des Diebstahls; denn dieses Delikt

iſt ja ſchon vollendet. Er macht, wenn er bei gewaltſamer Eröffnung eines entwendeten Behältniſſes dasſelbe beſchädigt, ſich noch der Sachbeſchädigung ſchuldig, aber er begeht keine weitere Diebshandlung.

## Ueberſicht der Rechtsſprechung des Solothurner Obergerichtes im Jahre 1881.
### (Monate Januar bis März.)

Von Oberrichter Dr. Affolter.

**1. Im Arreſtprozeſſe iſt das perſönliche Erſcheinen der Parteien nicht nothwendig und Vertretung zuläſſig.**

Urtheil vom 12. Januar 1881.

Bei der Verhandlung über einen Arreſtprozeß des K. gegen P. und deſſen Ehefrau hatte ſich das Amtsgericht die Vorfrage geſtellt, ob auf das Begehren des Arreſtbeklagten einzutreten ſei, da derſelbe nicht perſönlich vor Gericht erſchienen ſei, ſondern ſich durch einen Anwalt habe vertreten laſſen und die Frage dann verneint, da eine Vertretung im Arreſtprozeſſe unzuläſſig ſei.

Das Obergericht betrachtete dieſe Anſicht als unrichtig unter Aufſtellung folgender Erwägung:

Nach § 1 der Civilprozeßordnung kann jede Partei, ſoweit ſie freies Verfügungsrecht hat, ihre Rechtsſtreitigkeiten entweder ſelbſt führen, oder ſich durch einen Bevollmächtigten vertreten laſſen. Dieſe Vorſchrift gilt nicht nur für die gewöhnliche, ſondern auch für die beſondere Prozeßform und wird namentlich durch die Vorſchrift des § 318 der C.-P.-O. nicht alterirt, für welche die konſtante bisherige Praxis ſpricht, die überhaupt noch nie in Frage geſtellt worden iſt. Da nun der Fall des § 2 der C.-P.-O nicht vorliegt, ſo ergibt ſich, daß die Appellanten und Arreſtbeklagten in erſter Inſtanz rechtsgültig vertreten waren und es erſcheint deßhalb die vom Amtsgericht aufgeſtellte Vorfrage als eine müßige.

## 2. Die Gütertrennung zwischen Ehegatten kann verpflogen werden, wenn auch das gesammte Vermögen mit Arrest belegt ist.

Entscheid vom 13. Januar 1881.

Frau V. geb. B. in Hochwald beschwert sich gegen den Amtsgerichtspräsidenten von Dornach-Thierstein wegen verweigerter Bewilligung einer Gütertrennungsklage. Der beklagte Beamte sucht sein Vorgehen durch den Umstand zu rechtfertigen, daß unterm gleichen Tage, an welchem die Klagbewilligung anbegehrt wurde, ein Arrest auf sämmtliche Liegenschaften und Mobilien der Eheleute V. ausgewirkt worden war, laut welchem denselben richterlich untersagt wurde, irgend welche rechtliche Vermögensverändernngen vorzunehmen. Die Gütertrennung qualifiziere sich als eine solche Vermögensveränderung und es müsse deßhalb vor Bewilligung der Klage die Aufhebung des Arrestes bewirkt werden.

Das Obergericht hat in Uebereinstimmung mit früheren Entscheiden (vom 15. und 21. Oktober 1869 und 25. April 1879) die Beschwerde für begründet erklärt und den beklagten Beamten angewiesen, die Gütertrennungsklage zu bewilligen.

## 3. Angehörigkeit an eine litigirende Gemeinde bildet keinen Grund der Ausstellung eines Zeugen.

Urtheil vom 14. Januar 1881.

In einem Prozesse des A. gegen die Gemeinde Büßerach wurde vom Kläger die Ausstellung verschiedener Zeugen verlangt, welche Bürger der Gemeinde waren, auf Grund des § 284 rückweisend auf § 31 der C.-P.-O.

Das Obergericht hat dieses Begehren abgewiesen in Erwägung:

Daß beim Abgang einer bestimmten Praxis es namentlich als angezeigt erscheint, die engen Schranken der Beweisführung fallen zu lassen und den vorhandenen Vorschriften eine möglichst freie Auslegung zu geben, deßhalb solche Zeugen überall da zu gestatten, wo der unmittelbare Vor- oder Nachtheil derselben nicht nachgewiesen ist, bezw. sich nicht von selbst ergibt.

## 4. Berechnungsart der Erbschaftssteuer. Die Progression der Steuer findet bei ab intestato und a testato erworbenem Vermögen gesondert statt.

Urtheil vom 15. Januar 1881.

Die Appellatin A. W. ist die Schwester des am 24. Oktober 1879 verstorbenen W. sel. und dessen Testamentserbin und gemeinschaftlich mit ihrer Schwester C. J.-W. auch dessen Intestaterbin.

Die Inventarisation des Vermögensnachlasses des W. sel. ergab eine reine Habschaft von Fr. 53,400. 17.

Hievon erhielt die Appellatin:

| | | |
|---|---|---|
| a) in Folge testamentarischer Verfügung des Erblassers vom 7. April 1876 und 19. Juni 1877 . | Fr. | 20,450. 08 |
| b) als Intestaterbin . . . . . | „ | 13,350. 05 |

Die Amtsschreiberei Solothurn hat — gestützt auf eine regierungsräthl. Weisung vom 16. Dezember 1878 — die Berechnung der zur Last der Appellatin fallenden Erbschaftsgebühr so vorgenommen:

| | | |
|---|---|---|
| a) vom Erbtheil der ihr vermöge Gesetz ohne Testament des Erblassers zugefallen wäre pr. Fr. 26,700. 08 2 % | Fr. | 534 |
| dazu Vermehrung um's Ganze . . . . . . | „ | 534 |
| b) vom eigentlichen Testamentserbtheil (über die gesetzliche Erbsportion hinaus) pr. Fr. 7100. 05 8 % | „ | 568 |
| dazu Vermehrung um's Ganze . . . . . | „ | 568 |
| Sa. | Fr. | 2204 |

Gegen diese Berechnungsart der Handänderungsgebühr hat die Appellatin Einsprache erhoben und verlangt, daß die Gebühr auf Fr. 1502. 50 reduzirt werde.

Das Obergericht hat in Erwägung:

1. Das Gesetz vom 13. Dezember 1848 fordert Handänderungsgebühren und Erbschaftssteuer zu Gunsten des Staates und setzt in lit. 1 b fest, daß Geschwister von ihrem Erbtheil 2 vom Hundert zu bezahlen haben, während in lit. d von den durch Testament berufenen Erben 8 % gefordert werden.

In § 3 wird des Fernern bestimmt, daß die Staatsgebühr progressiv vermehrt werden muß, wenn der Erbtheil eine gewisse

Höhe erreicht, so bei wenigstens Fr. 500 um $^{1}/_{4}$, bei Fr. 10,000 um $^{1}/_{2}$, bei Fr. 15,000 um $^{3}/_{4}$, bei Fr. 20,000 um das Ganze. (Diese Beträge bedeuten alte Währung.)

2. Die regierungsräthliche Weisung vom 16. Dezember 1878 hat die Amtsschreibereien angewiesen, die Progression zu berechnen, wenn ein Erbe als solcher und als Vermächtnißnehmer (?) zusammen einen höhern Betrag als jene Summe erhält; denn, so fährt die Weisung fort, es lag offenbar im Willen und in der Absicht des Gesetzgebers, daß, wenn Jemanden in einer Erbschaft eine höhere Summe als die im § 3 des Gesetzes vom 13. Dezember 1848 angegebene zufällt, ein Zuschlag zu den in § 1 festgesetzten Gebühren berechnet werde, falle nun dem Betreffenden die Summe als Intestaterbe oder als durch Testament Bedachter oder in beiden Eigenschaften zugleich zu.

Diese Motivirung widerspricht geradezu dem letzten Alinea des § 1, welches sagt:

„Wenn ein durch Testament Bedachter zugleich Intestaterbe ist, so hat er die Gebühr von acht vom Hundert nur für jene Theile zu bezahlen, wozu er nicht durch das Gesetz selbst als erbberechtigt gerufen ist."

| | | |
|---|---|---|
| 3. Die Appellatin A. W. hätte ohne Testament geerbt . . . . . . . . . | Fr. | 26,700. 08 |
| hat aber als gesetzliche u. Testaterbin erhalten | „ | 33,700. 13 |
| so daß sie nur . . . . . . . | „ | 7,100. 05 |

mit 8 % zu versteuern hat, für welchen Betrag nach Ziff. 1 oben die Progression nicht in Berechnung gebracht werden kann; die Berechnungsart der Appellatin ist somit die richtige; —

erkannt:

Die Berechnung .... ist derart vorzunehmen, daß die Klägerin A. W.

| | | | |
|---|---|---|---|
| a) pr. Fr. 26,700. 08 2 % | | Fr. | 534. — |
| dazu Vermehrung um $^{3}/_{4}$ | | „ | 400. 50 |
| b) pr. Fr. 7,100. 05 8 % | | „ | 568. — |
| | Sa. | Fr. | 1502. 50 |

zu bezahlen hat.

**5. Im Geldstage des Mannes erhalten Forderungen an der Frau aus einer von ihr übernommenen Erbschaft ebenfalls privilegirten Rang in der III. Klasse, sofern vom Anfall der Erbschaft bis zum Geldstage nicht mehr als zwei Jahre verflossen sind. (§§ 1638 und 1641.)**

Urtheil vom 9. Februar 1881.

**6. Die Erscheinung bei der Prioritätsverhandlung ist keine gesetzlich vorgeschriebene Vorkehr im Sinne des § 1363, die der Gläubiger bei Verlust seiner Rechte zu treffen hat; durch die richtige Geldstagseingabe (§ 1587) sind seine Rechte den Bürgen gegenüber vollständig gewahrt.**

Urtheil vom 12. Februar 1881.

**7. Die Appellationsfrist in Neurechtsstreitsachen ist, wenn der Vorprozeß mit gewöhnlichen Friften abgewandelt wurde, nicht eine verkürzte (3tägige), sondern die gewöhnliche von 30 Tagen. (§§ 103 und 184 der C.-P.-O.)**

Urtheil vom 9. Februar 1881.

**8. Es kann in die Appellation eines Urtheils nicht eingetreten werden, wenn demselben keine Erwägungen beigefügt sind. (§ 152 der C.-P.-O.)**

Urtheil vom 10. Februar 1881.

**9. Ist Protesterhebung immer erforderlich, wenn der Geber eines Eigenwechsels, durch welchen Zahlung im „Domizil“ des Nehmers stipulirt ist, am Verfalltage den Wechsel in der Wohnung des Nehmers nicht einlöst?**

Ein amtsgerichtliches Urtheil, welches diese Frage verneinte, wurde vom Obergericht unterm 16. März „wegen offenbarer Gesetzesverletzung“ aufgehoben und diese Aufhebung folgendermaßen begründet:

1. Appellant W. in Solothurn schuldet der Vorschußkasse Solothurn laut Eigenwechsel vom 14. Januar 1880 Fr. 50 nebst Zins seit 12. Mai 1880.

| | |
|---|---|
| Ferner Betreibungskosten gegen den Mitunterzeichner K. in Solothurn. . . . . | „ 4 |
| | Fr. 54 |

Der Appellant hat das Betreibungsrecht bestritten, weil der Wechsel nicht protestirt worden.

2. Das Amtsgericht hat in Erwägung gezogen, die Richtigkeit der Forderung werde vom Schuldner nicht bestritten und die erhobene Einwendung könne ihn nicht von der Zahlungspflicht befreien, da die Protesterhebung nicht erforderlich gewesen. Das Betreibungsrecht ist deßhalb von ihm zuerkannt worden, wogegen W. wegen offenbarer Gesetzesverletzung appellirt hat.

3. Die Motive des Amtsgerichtes wären nur dann richtig, wenn Schuldner auf dem gewöhnlichen Betreibungswege belangt worden wäre, sie verstoßen aber im vorliegenden Falle gegen § 49 *) des W.-G.; die Schuldurkunde ist nicht nur ein Eigenwechsel, sie ist auch ein domizilirter Wechsel, indem es heißt: „Wir zahlen im Domizil der Vorschußkasse Solothurn an die Ordre derselben fünfzig Franken **). Die alleg. Gesetzesstelle verlangt als wesentliches Requisit zur wechselrechtlichen Verfolgung die Protesterhebung und nur wenn diese Mangels Zahlung stattgefunden, kann mit der Wechselstrenge gegen den Verpflichteten hingefahren werden.“

*) Welcher lautet: „Wird bei domizilirten Wechseln die rechtzeitige Protesterhebung Mangels Zahlung bei dem Domizilirten versäumt, so geht nicht allein der wechselrechtliche Anspruch gegen die Indossanten und den Aussteller, sondern auch gegen den Acceptanten verloren.“

**) Ausstellungsort war Solothurn (was aus dem Urtheil nicht ersichtlich).

Anmerkung. Das Obergericht nimmt also an, jedweder Wechsel, auf dem sich der Aussteller verpflichtet, im „Domizil“ (Geschäftslokal) des Nehmers zu zahlen, sei ein domilizirter Eigenwechsel. Diese Ansicht widerspricht der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis (s. Bd. XVII, pag. 348 dieser Zeitschrift). Nur wenn der Adreß- und Zahlungsort geographisch verschiedene Orte bedeuten, liegt ein domizilirter Wechsel vor und trifft die Bestimmung des cit. § 49 ein. Es würde auch nicht genügen, daß der Aussteller zur Zeit des Verfalltages an einem andern als dem Zahlungsort wohnt; denn nur eine auf dem Wechsel selbst ersichtliche Ortsverschiedenheit ist relevant. (Dr. A.)

## 10. Im neuen Rechte ist die Gewissensvertretung durch solche Beweismittel, welche im Vorprozeß bereits produzirt worden sind, zuläßig.

Urtheil vom 12. April 1881.

Das Obergericht sagt:

J. E. die Vorschrift des § 272 der C.-P.-O., welche dem Eidesdelaten die Gewissensvertretung gestattet, auch im neuen Recht zur Anwendung kommt und ihm dieß Rechtsmittel nicht geschmälert werden darf wegen dem Umstande, daß die Beweismittel hiefür bereits im Vorprozesse aufgeführt worden sind, indem die Beweisführung durch den Parteieneid ein gesondertes und selbstständiges Verfahren in sich schließt;

J. E. es auch nach konstanter Praxis des Obergerichtes in Auslegung des § 186 zur Ergreifung dieses Rechtsmittels genügt, daß entweder zu den frühern Thatsachen neue Beweismittel, oder die alten Beweismittel zu neuen Thatsachen produzirt werden, welch' letzterer Fall hierorts vorliegt (Oberg. Urtheile v. 11. Juni 1875 und 11. Dez. 1879 u. A.)

wird der Neurechtsbeklagten die übernommene Gewissensvertretung gestattet.

## 11. Der Vertheidiger in einer Kriminaluntersuchung ist nicht berechtigt von seinem Klienten nebst der ihm vom Gericht bestimmten und von der Staatskasse ausbezahlten Gebühr noch ein weiteres Honorar zu fordern, wenn sich jener nicht ausdrücklich durch Kontrakt dazu verpflichtet hat.

Urtheil vom 13. April 1881.

## 12. Im Arrestprozesse ist die Appellation wegen „offenbarer Gesetzesverletzung" nicht zulässig.

Urtheil vom 11. Mai 1881.

Das Obergericht sagt:

Der Arrestbeklagte hat wegen offenbarer Gesetzesverletzung appellirt. Dieses Rechtsmittel ist nur bei der gewöhnlichen Prozeßform ausdrücklich gestattet; nach § 315 der C.-P.-O. findet in Arrestsachen gegen das Urtheil des Amtsgerichtes nur Appellation statt, *sofern die streitige Forderung die Kompetenz dieser Gerichtsstelle übersteigt*; eine Ausnahme tritt nur ein, wenn der Arrest vom Amtsgerichtspräsidenten bewilligt, vom Amtsgericht aber aufgehoben worden ist; in diesem Falle will der Gesetzgeber, abgesehen von der Höhe der Forderung, den Widerspruch zwischen dem Präsidenten und dem Amtsgericht durch die höhere Instanz lösen lassen. Für diese Ansicht sprechen alle Bestimmungen über Appellation bei den besondern Prozeßformen, indem überall die Uebersteigung der amtsgerichtlichen Kompetenz gefordert wird (§§ 310, 315, 323, 331, 337).

## 13. Auch über Liegenschaften, die zur Masse eines außerhalb des Kantons verpflogenen Konkurses gehören, ist nebst der Geldstagssteigerung noch die Abhaltung eines Nachschlages nothwendig.

Urtheil vom 9. Juni 1881.

Von Seite der Konkursbehörde in Riehen (Kt. Basel-Stadt), ist das dem Konkursiten N. gehörende, in Büren (Kt. Solothurn) gelegene, unbewegliche Vermögen zur Konkursmasse reklamirt worden und es hatte der Amtschreiber von Dornach-Thierstein darüber eine Geltstagssteigerung abgehalten.

Der Beamte wollte nun die Hypothekargläubiger und die Kosten auf den Erlös anweisen und den Ueberschuß der Konkursbehörde in Riehen zu Handen der Geltstagsmasse des N. abliefern. Gegen dieses Verfahren beschwerte sich ein Gläubiger des N., B. S. von Dornach, und stellte das Begehren, es sei über den Konkursiten auf dießortigem Gebiete der Geldstag mit Nachschlag auszukünden und zu verpflegen und die Gelangenschaft zu Gunsten der Kreditoren nach gesetzlichem Range zu kolloziren. —

Das Obergericht sagt:

Nach dem Konkordat vom 15. Juni 1804, 7. Juni 1810 und 8. Juli 1818, dem die Kantone Solothurn und Basel=Stadt beigetreten sind, steht fest, daß der Geltstag in Riehen nach den dortigen Gesetzen verpflogen und die Rangordnung der Gläubiger festgestellt werden muß; das hierseitige Vermögen des Konkursiten muß zur Masse gezogen werden; dieses zu liquidiren und festzustellen ist formeller Natur und Sache der Amtschreiberei Dornach. Diese hat auf ein bezügliches Requisitorial hin bereits bezügliche Schritte durch die abgehaltene Steigerung gethan; dadurch ist die Abhaltung unseres gesetzlichen Nachschlags nicht ausgeschlossen und es steht eine solche Liquidation absolut nicht im Widerspruche weder mit § 1613 des C.=G.=B. noch mit den Bestimmungen des Konkordates oder einschlagenden Entscheiden des Bundesrathes.

Die Beschwerde erscheint deßhalb insoweit begründet, als der beklagte Beamte über fragliche Liegenschaften einen Nachschlag abzuhalten hat, zu dem sämmtliche Kreditoren, resp. Betheiligten, nach dem in Riehen festgestellten Geldstagsrodel (Schulden=Verzeichniß) einzuladen sind und wobei das Nachschlagsrecht nach der Rangordnung der Kreditoren, wie solche nach den Basel'schen Gesetzen festgestellt werden wird, ausgeübt werden kann. Daß auf den Erlös der Liegenschaften vorerst die Geltstagsmasse und die Unterpfandsgläubiger angewiesen werden, ist selbstverständlich und mit dem allg. Konkordate übereinstimmend. Ueberhaupt muß auf die Bestimmung des § 1615 des C.=G.=B. verwiesen werden, wonach der Beständer einer Liegenschaft an einer Geltstagssteigerung nur dann das Eigenthumsrecht erwirbt, wenn er auch beim Nachschlage Beständer bleibt. Der Nachschlag kann daher nicht umgangen werden.

## Literarische Anzeigen.

**Stintzing, R.** Geschichte der Rechtswissenschaft. I. Abth. München (Oldenbourg) 1880, XI, 780 S., gr. 8. M. 9.

A. u. d. T.: Geschichte der Wissenschaften in Deutschland. 18. Bd. 1. Abth.

Schon viel und oft ist über die Stellung, die der Rechtswissenschaft im System der übrigen Geisteswissenschaften gebühre, gestritten worden. Philosophen und Juristen haben über den

selbständigen wissenschaftlichen Werth der einzelnen juristischen Disciplinen die verschiedensten Ansichten geäußert, noch niemals aber ist ein gründlicherer und erschöpfenderer Beitrag zur Lösung dieser Frage geliefert worden als es das oben zitirte Werk von Stintzing ist.

Die Juristen können auf die Stellung, welche Stintzing's Werk in der auf Veranlassung des Königs von Bayern, Maximilian II., unternommenen, von der historischen Kommission der königl. Akademie der Wissenschaften herausgegebenen, überaus großartig angelegten Geschichte der Wissenschaften einnimmt, stolz sein. Während nach dem allgemeinen Programm für jede Wissenschaft bloß ein Band bestimmt ist, wird das Stintzing'sche Werk einen größern Umfang erhalten. Die erste, jetzt vorliegende Abtheilung hat einen ähnlichen Umfang, wie ihn sonst ein Band zu haben pflegte. Sie geht bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts und wir haben für die folgende Zeit wohl eine Abtheilung von gleicher Ausdehnung zu erwarten. Die große Bedeutung, welche die Geschichte der Jurisprudenz für die Entwicklung des Rechts selbst hat und der Mangel hierauf bezüglicher literarischer Arbeiten rechtfertigen diese Anlage des Buches ohnehin; was dem ganzen Werk aber in unsern Augen einen weit über den Kreis der Rechtsgelehrten hinausgehenden Werth gibt, ist, wie schon oben angedeutet wurde, neben einer überaus lebendigen und geschmackvollen Darstellung die stetige Beziehung, in welche der Verfasser die Rechtswissenschaft zu den übrigen Geisteswissenschaften und namentlich der Philosophie bringt. Der Verfasser glaubt sehr richtig, die Wissenschaft der Jurisprudenz habe sich vor Allem vor einer zu engen Begrenzung ihres Gesichtskreises zu hüten und gerade in einer Zeit, wo das berechtigte Streben der Gegenwart nach praktischer Bildung auch in der Rechtswissenschaft so stark betont wird, soll nach der Ansicht des Verfassers die Vertretung ihrer rein wissenschaftlichen Seite nicht zurückgesetzt, das Band, welches sie mit ihrer Vergangenheit und mit den allgemeinern und höhern Fragen des Menschenlebens verbindet, im Bewußtsein lebendig erhalten werden.

Wir begrüßen diese Richtung des Verfassers um so mehr als auf diese Weise allein die Jurisprudenz sich als Wissenschaft behaupten kann, jede andere Auffassung denkt sich die Rechtswissenschaft als bloße Theorie der Gesetzbücher. Nur auf diese Weise ist aber die deutsche Rechtswissenschaft im Verhältniß zu der englischen Gesetzes- und Präjudizienkenntniß eine wahre Wissenschaft im höchsten Sinn des Wortes geworden, indem sie eben unausgesetzt an den beiden großen Ideen arbeitet, den Reichthum ge-

schichtlichen Werdens zu begreifen und den im geschichtlichen Stoff ruhenden Gedanken zu einer die Gegenwart beherrschenden Mach zu gestalten.

Ganz besonders ist das Verhältniß der Rechtswissenschaft zur Philosophie die Quelle von mannigfachen folgenschweren Irrthümern geworden. Lediglich Unkenntniß der Grundbegriffe beider Wissenschaften konnte den Streit der historischen mit der philosophischen Schule veranlassen. Diese letztere Richtung vermochte das Recht nicht als ein festes historisch gewordenes zu begreifen, sondern sah überall nur Abstraktionen des subjektiven Denkens, aber auch die erstere, die historische Schule, hat dadurch gefehlt, daß sie den Zusammenhang des Rechts mit der Geschichte und der in ihr wirkenden Ideen leugnete. Beide Fehler beruhen auf einer Einseitigkeit des Denkens.

Hievon nun ist der Verfasser völlig frei und finden wir überall bei ihm eine seltene Unbefangenheit des Urtheils. Ueber die Anlage des Buches sagt er selbst im Vorwort: „Bei der Darstellung der Geschichte der Rechtswissenschaft war mein Bemühen vor Allem darauf gerichtet, die treibenden Kräfte der Bewegung sowie das Allgemeine und Höhere, welches die Einzelheiten verbindet, zur Anschauung zu bringen. Allein zugleich habe ich es als meine Aufgabe angesehen, die Einzelheiten nicht nur zu ermitteln, sondern auch darzustellen, da nur durch sie das Ganze festen Grund und Leben gewinnen kann."

Bei Besprechung des vorliegenden Werkes werden wir daher zuerst die allgemeinen Resultate, wie dieselben aus der Bewegung der in der Geschichte offenbar gewordenen Ideen, sich ergeben, betrachten und erst nachher über die einzelnen historischen Details sprechen.

Das hauptsächlichste Verdienst des vorliegenden Bandes besteht nun unzweifelhaft darin, daß der Verfasser uns zeigt, wie eine neue Zeit sich dem Mittelalter entwindet, daß er uns die Keime und Wurzeln nachweist, aus denen die Erscheinungen der folgenden Jahrhunderte hervorgewachsen sind.

Von hohem Interesse ist hier vorab die Art und Weise, wie sich der Verfasser über die Reception des römischen Rechtes und die ganze kulturhistorische Bedeutung dieses Aktes ausspricht.

Wie der Untergang der Hohenstaufen einen Wendepunkt im deutschen Kulturleben, so bezeichnet auch der Sachsenspiegel nach Stintzing den Abschluß der produktiven Periode des nationalen Rechts. Gerade durch die steigende Autorität des geschriebenen fremden Rechts fand sich Eike zur Aufzeichnung des sächsischen

veranlaßt. Daraus erklärt sich auch, daß der Sachsenspiegel zuerst in lateinischer Sprache abgefaßt wurde.

Nachdem die Kirche seit dem 13. Jahrhundert durchaus „den Charakter einer äußern juristisch organisirten Anstalt angenommen und eine rein formale rechtliche Anschauung für das ganze kirchliche Leben den Sieg davon getragen hatte und die kirchliche Gesetzgebung bis in die kleinsten Details ausgebildet war," konnte die komplizirte kirchliche Verwaltung nur durch Geistliche, welche des kanonischen Rechts kundig waren, geführt werden. Hervorragende Kenntniß des kanonischen Rechts, der Erwerb akademischer Grade schaffte nicht nur den Eintritt in einflußreiche weltliche Stellungen, sondern war auch eine Empfehlung, um zu den höhern geistlichen Würden und Benefizien zu gelangen. Mehr und mehr erweiterte sich der Umfang der geistlichen Jurisdiktion über den geistlichen Stand und das Gebiet der geistlichen Sachen hinaus, bald gab es kein Rechtsverhältniß, keine Seite des sozialen und staatlichen Lebens mehr, das sich nicht unter irgend einem Vorwand zur Kompetenz des Klerus ziehen ließ. Und dieser Ausdehnung kam die Laienwelt meist bereitwillig entgegen, nicht nur durch die allgemeine Richtung der Zeit, sondern auch durch eigenes Interesse getrieben, indem das geistliche Gericht einen geordneten Rechtsgang und eine wirksamere Exekution in Aussicht stellte als oft der weltliche Richter zu gewähren vermochte. Das kanonische Recht aber setzte die Gültigkeit des römischen voraus. Der alte Satz « ecclesia Romana vivit secundum legem Romanam » galt fort und das römische Recht blieb das Civilrecht für die Kirche.

So zog denn das kanonische Recht das römische hinter sich her. Getragen vom Klerus drang die Kenntniß und Geltung beider in fremder Sprache geschriebenen Rechte weiter vor in das bürgerliche Leben. Wenn auch die Autoritäten, auf denen das geistliche und weltliche Recht beruhen (Papst und Kaiser), sich in der Wirklichkeit vielfach bekämpfen, so flossen sie doch in den Vorstellungen des Mittelalters zu einer höhern, von Gott geordneten Einheit zusammen und beide Rechtsmassen stützen gegenseitig ihre Gültigkeit, indem sie zusammen das jus utrumque bilden. Von einer Reception des kanonischen Rechts kann nicht im gleichen Sinn wie beim römischen gesprochen werden, indem so lange es überhaupt ein kanonisches Recht gab, demselben von Anfang an ein bestimmter Raum der Anwenduug und Geltung in Deutschland unbestritten zukam und für das Gebiet der Kirche praktisches, geltendes Recht war.

Mit der 1. Hälfte des 16. Jahrhunderts kann dagegen die Reception des römischen Rechts als vollendet angesehen werden.

Es stand nunmehr dessen Uebergewicht in der gerichtlichen Praxis entschieden fest. Und doch konnte weder jetzt noch früher der Umfang seiner Gültigkeit, das Maß der bindenden Kraft seiner geschriebenen Urkunden, sein Verhältniß zum heimischen Recht durch scharfe Grenzen bezeichnet werden. Die absolute, unbedingte und ausschließliche Anwendbarkeit der im Corpus juris enthaltenen Rechtssätze ist niemals ernstlich behauptet worden, aber man hat weder die Gründe noch die Grenzen seiner bindenden Kraft kritisch untersucht und ebensowenig zwischen formeller Gesetzeskraft und der rationellen Autorität seines Inhalts unterschieden.

Wie die Sage den Sachsenspiegel auf Karl den Großen zurückführte, so berichtete sie, daß Kaiser Lothar II. die Lehre und Anwendung des römischen Rechts gesetzlich befohlen habe.

Es darf endlich nicht übersehen werden, daß es sich bei der Reception nicht um das reine römische Recht handelte, sondern um die Gestalt desselben, welche es in der italienischen Theorie und Praxis erhalten hatte. Der Sache nach recipirte man nicht das Corpus juris, sondern die Ergebnisse der Literatur der Postglossatoren, in welcher Justinians Gesetzgebung zu einem halb modernen Recht umgebildet war.

Von großer Bedeutung für die Wissenschaft und Pflege des Rechts war ferner der Umstand, daß der Juristenstand an die Stelle der Schöffen trat. Es ist die Entstehung des modernen Staates eine Grundbedeutung dieses geschichtlichen Vorgangs, bei dem das römische Recht nicht als Ursache, wohl aber als wesentlich mitwirkender Faktor erscheint. Denn sein gefördertes Studium liefert den geschulten Beamtenstand, sein Vordringen in der Praxis gibt diesem das Uebergewicht in der den Schöffen entwachsenen und verleideten Justiz, seine Grundsätze über die Rechte des princeps gewähren dem Landesherrn die erwünschte Stütze und Förderung zur Ausbildung der neuen Staatsordnung.

Gerade auf diesem Punkte ist es, wo der Verfasser sein seltenes Talent, die in der Geschichte sich darstellende Bewegung der Ideen zu schildern, auf's glänzendste beweist. Er hat uns oben schon gezeigt, wie das kanonische Recht die Herrschaft des römischen in Deutschland begründet hat.

Es war dies kein Fehler, denn die Autoritäten, auf denen nach herrschender Vorstellung das römisch-kanonische Recht beruhte, erschienen nicht als fremde, sondern waren tief mit den geschichtlichen Ueberlieferungen, mit der gesammten Entwicklung der Nationen verwachsen, waren Elemente des Kulturlebens und des politischen Daseins.

Gerade dieses römische Recht ist es nun aber wieder, welches das kanonische, dem es seine Einführung in Deutschland dankt, verdrängt. Und auch dieses war kein Fehler. Man ist geneigt, es zu beklageu, ja man hat es dem römischen Recht und seiner Wissenschaft zum bittern Vorwurf gemacht, daß sie dem deutschen Partikularismus die Wege bahnte. Allein es darf eben nicht vergessen werden, daß eben dieser staatliche Partikularismus die geistige Befreiung Deutschlands getragen und gesichert hat. Während nämlich nach den Traditionen des Mittelalters die Geistlichkeit in fast ausschließlichem Besitz gelehrter Bildung sich befand, die Rechtsgelehrten in der Praxis wie auf den Kathedern fast ausschließlich Kleriker waren und daher die Kirche mittels dieser ihrer büreaukratischen Disciplin und Gesetzgebung unterworfenen Männer ihren herrschenden Einfluß durch das Staatsleben verzweigte, entsteht jetzt ein weltliches Gelehrtenthum und der Juristenstand, der wie oben gezeigt, durch die Reception des römischen Rechts begründet wurde, ist nicht mehr ein Werkzeug kirchlicher Macht, sondern Vertreter weltlicher Autorität, Diener und Beamter des Staats, der durch ihn zum festgefügten Organismus ausgebildet wird. Das Beamtenthum ist die Form, in welcher sich auf dem politischen Gebiet die Befreiung des Lebens von der Herrschaft der Hierarchie, die Scheidung der neuen Zeit vom Mitteltalter vollzogen hat. Ebenso klar und lichtvoll schildert uns der Verfasser die Bedeutung des Humanismus und der Reformation für die Jurisprudenz.

In seinem Zasius hat uns der Verfasser schon früher von dem Verkehr unter den Humanisten ein besonders freundliches Bild gegeben. Anfangs war von den persönlichen und prinzipiellen Gegensätzen unter den Anhängern des Humanismus nicht die Rede. Diese bildeten und offenbarten sich bald nachher, als die Kirchenreformation zu einer ernsten Frage des praktischen Lebens wurde. Es schlummerte damals noch Vieles in tiefem Grunde, was bald die Stürme des öffentlichen Lebens auf die Oberfläche wühlten. Noch erkannten sich Erasmus und Hutten, Beatus Rhenanus und Wimpheling, dazu die Theologen Oecolompad, Capito und Bär mit den Juristen Cantiuncula, Zasius und Nikolaus Gerbel, sowie den gelehrten Druckern, unter denen Hans Amerbach und Froben obenan standen — Männer, die sich theils ständig in Basel, theils vorübergehend und wechselnd in den oberrheinischen Städten aufhielten, als Arbeiter an einem und demselben großen Werk der Aufklärung bereitwillig an. Ihr freundschaftliches Zusammenwirken brachte der Wissenschaft die schönsten Früchte. Gelehrte Erörterungen, Zusendungen neuer

Erscheinungen auf literarischem Gebiet, giengen mit Freundesgrüßen zwischen Basel, Freiburg, Schlettstadt und Straßburg harmlos hin und her, und der gemeinsame Kult des Erasmischen Genius belebte diesen geistigen Austausch.

Der Erste, welcher mit der Verbindung zwischen Humanismus und Jurisprudenz in Deutschland Ernst gemacht hat, ist Ulrich Zasius, der daher mit Recht neben Budäus und Alciat als Begründer der neuern Rechtswissenschaft genannt zu werden pflegt. Jene Verschwisterung aber vollzog sich in der Behandlung des römischen Rechts und kam seiner Geltung zu Statten.

Sehr schön wird von unserm Verfasser das Verhältniß der Reformation zur Rechtswissenschaft besprochen. Zu den tiefsten Gedanken der deutschen Reformation und ihren ersten Bewegungen auf dem Gebiete des Glaubens hatte die Rechtswissenschaft keine unmittelbaren Beziehungen. Auch liegt in ihrem Wesen ein konservatives Element, das ihre Jünger und Pfleger den Bewegungen der Zeit gegenüber zu skeptischer Bedächtigkeit und kühler Zurückhaltung zu bestimmen pflegt. Denn wie das Recht berufen ist, den thatsächlich gewordenen Lebensverhältnissen die ordnende Form und Sicherheit zu gewähren, wie es das Ueberlieferte und seit langem unangefochten Bestehende als ein durch seine Dauer im Strom der Zeit Gerechtfertigtes in seinen Schutz nimmt; so erzeugt es in denen, welche sich seiner Pflege widmen, nothwendig eine der willkürlichen und formlosen Neuerung abgeneigte Gesinnung.

Unter den Uebelständen aber, welche im ersten Jahrzehnt des 16. Jahrhunderts eine so tief gehende soziale Bewegung der untern Stände in Deutschland hervorriefen, sind keine andern schärfer besprochen und lauter genannt worden als diejenigen, welche der Einführung der fremden Rechte und des fremden Prozesses zugeschrieben wurden. In eigenthümlicher Weise verbanden sich mit der aus solchen Ursachen fließenden Verstimmung gegen den Juristenstand zwei einander sonst entgegengesetzte Strömungen: die leicht begreifbare klerikale Opposition gegen die Herrschaft und Pflege des Civilrechts und der durch die Reformation erregte Radikalismus, die beide bereit waren, die Vorwürfe zu ergreifen und zu steigern, welche einsichtige Gelehrte wie Zasius u. A. den Praktikern machten. In seinem Sendschreiben „an den christlichen Adel deutscher Nation" (1520) hatte Luther Gedanken ausgesprochen, die in gefährlicher Mißdeutung diese praktischen Konsequenzen zu rechtfertigen schienen und es ließ sich nicht verkennen, daß sich einige dieser Sätze verwenden ließen, um den Umsturz nicht nur

der Autorität des kanonischen Rechts, sondern der ganzen Rechtsordnung zu rechtfertigen.

Luther und Melanchthon waren schon vorher durch das wilde Treiben der Schwärmer zu einer schärfern Scheidung der ethischen uud juristischen Gebiete geführt worden, namentlich war es die Geltung des römischen Rechts, dem auch Luther wiederholt seine Anerkennung zollte. Anders stand es dagegen freilich bezüglich des kanonischen Rechts, dessen Geltung Luther auf die Autorität des Papstes in den deutschen Gerichten zurückführte. Es kam für Luther wenig in Betracht, daß das kanonische Recht nicht bloß über die kirchlichen Ordnungen verfügte, sondern auch Normen über das Privatrecht, Strafrecht und vor Allem über den Prozeßgang aufstellte, die, wie sie ganz unabhängig von den kirchlichen Satzungen in Geltung bleiben konnten, so auch in der That bis auf Weiteres gar nicht zu entbehren waren.

Allerdings lag es in der Natur der Dinge, daß das Ansehen des kanonischen Rechts mehr und mehr in den Hintergrnnd gedrängt wurde. Zum Humanismus stand es in einem innern Gegensatz und je mehr dieser die Geistesrichtung bestimmte, desto mehr hatte sich die Neigung dem Civilrecht, als einer Ueberlieferung des klassischen Alterthums, zugewendet. Dazu war dann die ihm feindliche reformatorische Bewegung getreten.

Allein die verhältnißmäßig schwache Vertretung schloß die Berücksichtigung des kanonischen Rechts keineswegs aus. So weit es das römische Recht abänderte, mußten seine Bestimmungen in die civilistischen Verträge eingeflochten werden, für ganze Materien waren die Rechtssätze vorzugsweise aus ihm zu schöpfen, wie es denn namentlich für das prozessualische Verfahren die anerkannte und unbestrittene Grundlage blieb; in den praktischen Entscheidungen und Gutachten der Fakultäten kam es nach wie vor zur Anwendung. Während jedoch in dem vorigen Jahrhundert der juristische Unterricht überwiegend auf Grund des kanonischen Rechts gebaut, das römische Recht nur zu seiner Erläuterung herbeigezogen wurde, hatte sich jetzt das Verhältniß umgekehrt — eine Thatsache, die zugleich Symptom, Ergebniß und mitwirkende Ursache ist des Entwachsens der Bildung und des Staatswesens aus der kirchlichen Bevormundung.

Denkwürdig bleibt dabei die Stellung, welche der Jurist Zasius zur Reformation eingenommen. Es handelte sich für Zasius nicht bloß um das kanonische Recht, das von Luther so geschmähte und verachtete, dem doch kein Jurist willkürlich seine Ehrfurcht versagen durfte, so lange er von seiner Aufgabe durchdrungen war, die ihre Würde allein von der heiligen Scheu vor jeder

Kränkung des einmal gültigen Rechts empfängt. In der Idee vom heiligen römischen Reiche waren die Autoritäten des Kaisers und Papstes so innig verschmolzen, daß die eine nicht angefochten werden konnte, ohne daß auch die andere gefährdet schien. War aber die kaiserliche Gewalt der Urquell alles weltlichen Rechts auf Erden, so durfte der Jurist sich jetzt wohl fragen, wo denn noch der geheiligte Boden zu finden sei, auf dem zuletzt ein jedes Recht zu finden sei.

Wer von dem Standpunkte aus, welcher dem Juristen als solchem der nächstliegende ist, ohne Leidenschaft die damaligen Vorgänge betrachtete, würde schwerlich zu einem andern Urtheil gelangt sein, als Zasius. Wir Anhänger der Ideen des 19. Jahrhunderts mögen dies ruhig bekennen: denn wer darf leugnen, daß den gewaltigen Ereignissen gegenüber, mit denen die Geschichte an der Entwicklung des Menschengeschlechts arbeitet, ein höherer sittlicher Standpunkt zu wählen ist, als ihn das positive Recht zu bieten vermag. Es ist selbst ein Kind der Geschichte, dem es nicht ziemt, die ewig gebärende Mutter zu meistern. Allein wenn der Jurist bei seinem Recht unerschüttert ausharrt, bis er mit ihm von dem Gang der Geschichte zertreten wird, so gleicht er dem treuen Soldaten, der bei seiner Fahne fällt — und wir ehren ihn und sein tragisches Geschick, wenn wir uns gleich freuen, daß seine Sache nicht die siegreiche war.

„Es ist gefährlich unter Ketzern zu leben“, schrieb Zasius an Amerbach, „aber gefährlich ist auch Alles, was Priester heißt. Ich lobe Deinen Entschluß, den Ort nicht zu verlassen, durchaus: denn auf beiden Seiten fehlt es an Redlichkeit, Treue und Reinheit, bei uns je mehr Pfaffen da sind, desto weniger Frömmigkeit. Petrus blieb mitten in Babylon, nämlich in Rom unbefleckt, während Judas unter den Aposteln verdarb. Müßte ich dort drüben wohnen, so würde ich unter den Andersglaubenden unerschrocken mir treu bleiben und mit Gott vertraut.“

Zasius steht auf der Grenzscheide zwischen der alten und neuen Zeit. Er hält fest an dem positiven Recht seiner Zeit, ohne dabei das Verständniß für die Bedürfnisse der Neuzeit zu verkennen. Sein Verhalten, sowie dasjenige des Erasmus, ist völlig erklärbar: es können und wollen die Alten dem Strome nicht folgen, der das Bestehende, an dessen Erhaltung und Entfaltung sie selber mit treuem Eifer gebaut, von Grund aus fortzureißen droht — während die Jugend jubelnd und hoffnungsvoll in seinen Fluthen sich treiben läßt.

Und groß und bedeutungsvoll war für die Gestaltung des gesammten Rechtszustandes die durch die Reformation veranlaßte

Bewegung der Geister. Hier hat uns der Verfasser auf musterhafte Weise gezeigt, wie eine neue Zeit sich dem Mittelalter entwindet und uns, wie er im Vorwort versprochen hat, die Keime und Wurzeln nachgewiesen, aus denen die Erscheinungen der folgenden Jahrhunderte hervorgewachsen sind. Den Juristen der damaligen Zeit, die als die Grundlagen des damaligen Rechtszustandes die beiden Autoritäten des Papstes und Kaisers anerkannten, kann man es eben nicht verdenken, daß sie den reformatorischen Gedanken noch nicht als eine Offenbarung des gereiften europäischen Geistes selbst und als geschichtliches in Staat und Kirche fortwirkendes Organ zu begreifen vermochten. —

Die Reception des römischen Rechts und das Verhältniß der Jurisprudenz zur Reformation, dieser größten That des deutschen Geistes, sind offenbar die beiden hauptsächlichsten Beziehungen, durch welche die Geschichte der Jurisprudenz mit der allgemeinen Kulturgeschichte im Zusammenhang steht. Durch klare und erschöpfende Darstellung dieser beiden Momente hat sich aber unser Verfasser ein bleibendes Verdienst nicht nur um die Jurisprudenz, sondern auch um die Wissenschaft überhaupt erworben und es verdienen namentlich diese allgemeinen Resultate seines Werkes in weitern Kreisen bekannt zu werden.

Im Uebrigen will das Werk keineswegs ein literargeschichtliches Repertorium sein, bietet aber gleichwohl auch in der Detailausführung Manches für Juristen und Historiker Interessante.

Wir finden hier sehr eingehende Ausführungen über die Organisation der damaligen Universitäten und die beim Unterricht in der Jurisprudenz geübte Methode.

Bis gegen das Ende des 15. Jahrhunderts stand nämlich auf den deutschen Universitäten das römische Recht noch sehr zurück. Es bestand das nicht unbegründete Vorurtheil, daß die volle Bildung in demselben nur auf fremden Universitäten zu gewinnen sei und daß die Berufung auswärtiger Doktoren den deutschen Universitäten einen besondern Glanz verleihe. Am Schlusse des 15. Jahrhunderts hat jedoch das römische Recht seinen festen Platz auf den deutschen Universitäten bereits eingenommen, und es ist bezeichnend für sein Ansehen, daß man selbst außerhalb der Hochschulen auf seine Lehre bedacht ist. Die Verbindung, in welcher wir das römische und kanonische Recht auf den deutschen Universitäten finden, war eine ganz äußerliche, wenn gleich nur beide zusammen das geltende Recht darstellten und das jus commune aus dem jus utrumque bestand. Die äußerliche durch die Exegese gegebene Theilung beschränkte sich aber nicht auf den Gegensatz der beiden Rechte, sondern ging zu Folge der äußern Gliederung

Kränkung des einmal gültigen Rechts empfängt. In der Idee vom heiligen römischen Reiche waren die Autoritäten des Kaisers und Papstes so innig verschmolzen, daß die eine nicht angefochten werden konnte, ohne daß auch die andere gefährdet schien. War aber die kaiserliche Gewalt der Urquell alles weltlichen Rechts auf Erden, so durfte der Jurist sich jetzt wohl fragen, wo denn noch der geheiligte Boden zu finden sei, auf dem zuletzt ein jedes Recht zu finden sei.

Wer von dem Standpunkte aus, welcher dem Juristen als solchem der nächstliegende ist, ohne Leidenschaft die damaligen Vorgänge betrachtete, würde schwerlich zu einem andern Urtheil gelangt sein, als Zasius. Wir Anhänger der Ideen des 19. Jahrhunderts mögen dies ruhig bekennen: denn wer darf leugnen, daß den gewaltigen Ereignissen gegenüber, mit denen die Geschichte an der Entwicklung des Menschengeschlechts arbeitet, ein höherer sittlicher Standpunkt zu wählen ist, als ihn das positive Recht zu bieten vermag. Es ist selbst ein Kind der Geschichte, dem es nicht ziemt, die ewig gebärende Mutter zu meistern. Allein wenn der Jurist bei seinem Recht unerschüttert ausharrt, bis er mit ihm von dem Gang der Geschichte zertreten wird, so gleicht er dem treuen Soldaten, der bei seiner Fahne fällt — und wir ehren ihn und sein tragisches Geschick, wenn wir uns gleich freuen, daß seine Sache nicht die siegreiche war.

„Es ist gefährlich unter Ketzern zu leben“, schrieb Zasius an Amerbach, „aber gefährlich ist auch Alles, was Priester heißt. Ich lobe Deinen Entschluß, den Ort nicht zu verlassen, durchaus: denn auf beiden Seiten fehlt es an Redlichkeit, Treue und Reinheit, bei uns je mehr Pfaffen da sind, desto weniger Frömmigkeit. Petrus blieb mitten in Babylon, nämlich in Rom unbefleckt, während Judas unter den Aposteln verdarb. Müßte ich dort drüben wohnen, so würde ich unter den Andersglaubenden unerschrocken mir treu bleiben und mit Gott vertraut.“

Zasius steht auf der Grenzscheide zwischen der alten und neuen Zeit. Er hält fest an dem positiven Recht seiner Zeit, ohne dabei das Verständniß für die Bedürfnisse der Neuzeit zu verkennen. Sein Verhalten, sowie dasjenige des Erasmus, ist völlig erklärbar: es können und wollen die Alten dem Strome nicht folgen, der das Bestehende, an dessen Erhaltung und Entfaltung sie selber mit treuem Eifer gebaut, von Grund aus fortzureißen droht — während die Jugend jubelnd und hoffnungsvoll in seinen Fluthen sich treiben läßt.

Und groß und bedeutungsvoll war für die Gestaltung des gesammten Rechtszustandes die durch die Reformation veranlaßte

Bewegung der Geister. Hier hat uns der Verfasser auf musterhafte Weise gezeigt, wie eine neue Zeit sich dem Mittelalter entwindet und uns, wie er im Vorwort versprochen hat, die Keime und Wurzeln nachgewiesen, aus denen die Erscheinungen der folgenden Jahrhunderte hervorgewachsen sind. Den Juristen der damaligen Zeit, die als die Grundlagen des damaligen Rechtszustandes die beiden Autoritäten des Papstes und Kaisers anerkannten, kann man es eben nicht verdenken, daß sie den reformatorischen Gedanken noch nicht als eine Offenbarung des gereiften europäischen Geistes selbst und als geschichtliches in Staat und Kirche fortwirkendes Organ zu begreifen vermochten. —

Die Reception des römischen Rechts und das Verhältniß der Jurisprudenz zur Reformation, dieser größten That des deutschen Geistes, sind offenbar die beiden hauptsächlichsten Beziehungen, durch welche die Geschichte der Jurisprudenz mit der allgemeinen Kulturgeschichte im Zusammenhang steht. Durch klare und erschöpfende Darstellung dieser beiden Momente hat sich aber unser Verfasser ein bleibendes Verdienst nicht nur um die Jurisprudenz, sondern auch um die Wissenschaft überhaupt erworben und es verdienen namentlich diese allgemeinen Resultate seines Werkes in weitern Kreisen bekannt zu werden.

Im Uebrigen will das Werk keineswegs ein literargeschichtliches Repertorium sein, bietet aber gleichwohl auch in der Detailausführung Manches für Juristen und Historiker Interessante.

Wir finden hier sehr eingehende Ausführungen über die Organisation der damaligen Universitäten und die beim Unterricht in der Jurisprudenz geübte Methode.

Bis gegen das Ende des 15. Jahrhunderts stand nämlich auf den deutschen Universitäten das römische Recht noch sehr zurück. Es bestand das nicht unbegründete Vorurtheil, daß die volle Bildung in demselben nur auf fremden Universitäten zu gewinnen sei und daß die Berufung auswärtiger Doktoren den deutschen Universitäten einen besondern Glanz verleihe. Am Schlusse des 15. Jahrhunderts hat jedoch das römische Recht seinen festen Platz auf den deutschen Universitäten bereits eingenommen, und es ist bezeichnend für sein Ansehen, daß man selbst außerhalb der Hochschulen auf seine Lehre bedacht ist. Die Verbindung, in welcher wir das römische und kanonische Recht auf den deutschen Universitäten finden, war eine ganz äußerliche, wenn gleich nur beide zusammen das geltende Recht darstellten und das jus commune aus dem jus utrumque bestand. Die äußerliche durch die Exegese gegebene Theilung beschränkte sich aber nicht auf den Gegensatz der beiden Rechte, sondern ging zu Folge der äußern Gliederung

des Quellenapparates noch weiter. Für das Dekret, die Dekretalen, den liber sextus und die Clementinen gab es gesonderte Lehrstellen; auf dem Gebiete des römischen Rechts besondere Professuren für die Institutionen, den Codex und die Pandekten, deren altüberlieferte Dreitheilung in Digestum vetus, infortiatum und novum nicht selten noch zu einer weitern Spaltung der Lehrstellen Veranlassung bot. Unter diesen Professuren galten nach akademischen Herkommen und Statuten die für das Dekret und den Codex als die vornehmsten, und zwar die letztern deßwegen, weil sie mit den kaiserlichen Gesetzen im engern Sinne und unter Einfügung der Authenticæ mit der schließlich entscheidenden neusten Gestalt des justinianischen Rechts befaßt war. Erst allmälig kommt die höhere wissenschaftliche Bedeutung der Pandekten zu der äußern Geltung, welche später den ihnen gewidmeten Vorlesungen das Uebergewicht verleiht. Auf der untersten Stufe der Schätzung stehen die Institutionen. Ihre Vertretung auf dem Katheder, gering besoldet, ist gewöhnlich den Anfängern, auch wohl Humanisten überlassen, der Doktorgrad wird nicht vorausgesetzt. Eine systematische Unterscheidung nach dem Stoffe, wie uns heutzutage selbstverständlich erscheint, gab es noch im Anfang des 16. Jahrhunderts nicht, und erst langsam lösten sich später einzelne Disziplinen zu gesonderter Behandlung ab. Daß der Legist vorzugsweise mit dem Privatrecht, der Kanonist vorzugsweise mit dem Kirchenrecht beschäftigt war, ergab sich freilich ans dem überwiegenden Inhalt ihrer Rechtsbücher von selbst. Das Lehenrecht fiel dem Legisten zu, weil es auf kaiserlicher Sanktion beruhte, ebenso das Kriminalrecht, welches er bei Exegese der libri terribiles zu traktiren hatte. Der Prozeß dagegen, und zwar der Kriminalprozeß mit dem Zivilprozeß verbunden, war vorzugsweise ein Thema für den Kanonisten, das er bei Exegese des 2. Buches der Dekretalen abzuhandeln hatte und die Bedeutung dieses Theils der Dekretalen, als der Sitz der prozessualischen Vorschriften, läßt ihn auf den Universitäten seine Geltung auch zu der Zeit und da behaupten, wo, wie in Wittenberg und Marburg, in der reformatorischen Bewegung dem kanonischen Recht im Allgemeinen die Geltung bestritten wird.

Als Pflegstätten der Jurisprudenz kommen im 15. Jahrhundert vorzugsweise in Betracht: Köln, Erfurt und Leipzig. Unser Verfasser spricht sich sodann im 4. Kapitel in glanzvolle Sprache über den Charakter der mittelalterlichen Wissenschaft überhaupt und speziell die durch sie begründete analytische Methode aus Der ganzen Natur der mittelalterlichen Wissenschaft nach konnte nämlich letztere sich keine andere Aufgabe setzen als diese, den

Inhalt des gegebenen Stoffes durch Zergliederung darzulegen und in seinen Konsequenzen aufzuweisen.

Im Laufe der Zeit hatte sich indeß für die analytisch-exegetische Methode ein fester Typus ausgebildet, der seit dem 16. Jahrhundert zur Unterscheidung abweichender Methoden das Dociren «more Italico» oder magistraliter genannt wird. Ueber die ursprüngliche Einfachheit und Natürlichkeit, die wir bei den Glossatoren finden, hinaus ist die Exegese zu einem komplizirten Mechanismus gestaltet worden, der mit seinem ineinander greifenden Räderwerk die ihm untergelegten Texte verarbeitet. Regeln, in der Schule traditionell gebildet und approbirt, zeigen dem Interpreten seinen Weg und geben die Bestandtheile an, aus denen jener Mechanismus sich zusammenfügt. — Bei der Beurtheilung der Ergebnisse der analytischen Methode fällt in Betracht, daß wenn es vom Standpunkt der Wissenschaft aus für einen traurigen Verfall zu erklären ist, daß der Zugang zum reinen Verständniß der Quellen nicht nur verschlossen war, sondern kaum mehr gesucht wurde, dies anders von dem allgemeinen Standpunkt historischer Rechtsentwicklung zu beurtheilen ist. Bei der Behandlung des römischen Rechts dürfen wir nämlich nicht übersehen, daß Auslegungen der Quellen, welche unser geschärftes Auge als Mißverständnisse erkennt, getragen und eingegeben sind von modernen Rechtsanschauungen, welche den Exegeten erfüllen. So gestaltet sich das römische Recht unter der Hand der Juristen um zu einem mit germanischen Anschauungen versetzten, halbmodernen Rechte, und wenn dies vom Standpunkt der reinen Exegese verwerflich ist, so verdient die gethane Arbeit die volle Anerkennung vom Standpunkt des Rechtslebens, dessen realen Verhältnissen man auf diesem Wege instinktiv Geltung schaffte und Befriedigung gewährte. Die bedeutendsten Commentatoren waren zugleich Praktiker, es war ihnen daher nicht um Herstellung einer Wissenschaft für die Schule, sondern um ein anwendbares Recht für das Leben zu thun. Die feine und reiche Casuistik erscheint daher als die höchste Stufe ihrer Leistung und diese ist es auch, um deretwillen selbst von den Vertretern einer veredelten Wissenschaft die Schriften des Bartolus später noch gepriesen und empfohlen werden.

Deutschland aber übernimmt mit dem Stoffe der italienischen Wissenschaft zugleich ihre Methode. Gleich Alciat, der es von Frankreich und Italien berichtet, klagt Zasius über die Hindernisse, welche von den Fakultäten jeder Abweichung von dem alten Wege entgegengestellt werden. Neben der traditionellen Verehrung, welche man für die alte analytische Methode hegte, gehen nun aber allerdings die Klagen über die Weitläufigkeit, zu der sie ausgeartet

sei, einher, bei der selbst ein fünf- bis siebenjähriges Studium nur zu fragmentarischer Kenntniß des Rechts führt.

Im Gegensatz zum mos Italicus bildete sich in der Folge der mos docendi Gallicus heraus, welcher sich von jenem theils durch das philologisch antiquarische, theils durch das synthetische Element unterscheidet. Auch die neu erwachte sog. Ramistische Methode führte zu einer Opposition gegen die bisherige Behandlung der Jurisprudenz. In der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts hatte die synthetische Richtung bereits eine sehr bedeutende Macht erlangt und Werke hervorgebracht, die von dem Einfluß der französischen Juristen ziemlich unabhängig waren.

Der Darstellung dieser verschiedenen Methoden hat nun unser Autor die Biographieen der einzelnen Juristen und die Beurtheilung ihrer Leistungen eingefügt. Ganz besonders lebhaft treten uns hier die Gestalten eines U. Zasius und Donellus, die der Verfasser bereits in frühern Jahren monographisch bearbeitet, vor Augen. Auch die namhaftesten Vetreter der französischen, italienischen und niederländischen Schule werden angeführt und ein spezieller Abschnitt der Geschichte der kritischen Bearbeitung und Erweiterung des Quellenmaterials gewidmet. Sehr eingehend werden hier die Leistungen Gregor Haloanders besprochen und sodann die von Basler Buchdruckern, Amerbach, Froben, Cretander, Heinrich Petri und Herwagen, veranstalteten Ausgaben der juristischen Quellen eingehend erörtert. Der Umstand, daß die Quellenausgaben gerade in Basel erschienen, ist unserm Autor nicht Zufälligkeit, sondern eine Wirkung der Tendenz der dortigen Typographie. Wie Erasmus für die theologischen und humanistischen Unternehmungen den Mittelpunkt bildete, so war später sein liebster Schüler und Freund Bonifacius Amerbach für die juristischen Publikationen der fördernde Pfleger und Vermittler.

Wir erhalten ferner Kenntniß von den für kritische Herstellung der Quellen unternommenen Arbeiten eines Sichardt, Viglius von Clytta, eines Konrad von Heresbach, Georg Tanner und anderer bedeutender Juristen und Philologen.

Im 12. Kapitel des Werkes wird über die Einsetzung des Reichskammergerichts und dessen Bedeutung für Theorie und Praxis des Rechts gesprochen und im Anschluß hieran über die partikuläre Gesetzgebung abgehandelt. Dem württembergischen Landrecht und der sächsischen Gesetzgebung und Praxis wird dabei eine eingehende Erörterung gewidmet. In einem besondern Abschnitt (14. Kapitel) findet sich endlich die Geschichte des Strafrechts. Hier wird uns eine sehr eingehende Bio-

graphie von Schwarzenberg geboten und die gesammte ältere strafrechtliche Literatur berücksichtigt. Ueberall sehen wir den Verfasser bestrebt, die Rechtsgeschichte in Beziehung zur Kulturgeschichte zu bringen und dürfte namentlich der Abschnitt über die Hexenprozesse von Jedem, der sich um die geistige Entwicklung der Menschheit interessirt, gelesen werden.

So haben wir auch die speziellen Gegenstände, mit denen sich unser Buch beschäftigt, erwähnt, kommen aber zum Schlusse nochmals darauf zurück, daß der Werth des Buches in seinen allgemeinen Resultaten liegt.

An den einzelnen Details mag vielleicht eine spätere historische Forschung Manches berichtigen, die philosophischen Ideen und namentlich die vom Verfasser befolgte Methode haben dagegen für das gesammte Gebiet der wissenschaftlichen Forschung bleibende Geltung.

Allerdings ist das Recht in erster Linie ein historisches und dazu berufen, den thatsächlich gewordenen Lebensverhältnissen die ordnende Form und Sicherheit zu gewähren, allein dabei darf gleichwohl über dem formalen der höhere sittliche Standpunkt nicht vergessen werden. Das Recht als eine formale Ordnung der Dinge erhält vielmehr seinen belebenden Inhalt von den in der Geschichte sich offenbarenden Ideen. Diesen Zusammenhang zwischen gewordenem und werdendem Recht nachzuweisen ist die Aufgabe sowohl des Philosophen als des Rechtshistorikers und nur zu oft ist dadurch gefehlt worden, daß dem positiven Recht durch Beimischung abstrakter Begriffe seine Consistenz und Anwendbarkeit auf den concreten Fall verkümmert wurde, nicht weniger oft aber haben die Vertreter der Rechtswissenschaft dadurch gefehlt, daß sie unfähig waren, die Bedürfnisse der Zeit zu begreifen und festhaltend an den Autoritäten des alten Rechts dem werdenden neuen Rechte seine Anerkennung versagten. Beides ist ein gleich großer Fehler und Beides vermieden zu haben betrachten wir als einen großen Vorzug des Stintzing'schen Werkes. Wie kein uns bekannter anderer Autor hat der Verfasser mit gleicher Unbefangenheit de lege ferenda et lata gesprochen. Deßhalb empfehlen wir das Buch nochmals sowohl Philosophen, die sich um den Werdegang der Dinge interessiren, als Juristen, die darin eine Menge auch für den Praktiker nicht ganz werthloser Aufschlüsse finden werden.

**Dr. P. Meyer v. Schauensee.**

**Meili, Dr. Fr.,** Advokat und Privatdozent an der Universität und am Polytechnikum Zürich, der Civil- und Strafprozeß des Kantons Zürich und des Bundes. Ein Commentar auf Grundlage der Praxis. 1. Bd. XIV und 332 S. Zürich, Orell Füßli u. Komp., 1882. (Geb. Fr. 6.)

Das vorliegende, in Format und Einband den „Lehrbüchern des deutschen Reichsrechts" nachgebildete Bändchen enthält 1. die Gerichtsverfassung des Kantons Zürich (Ges. v. 2. Dez. 1874); 2. die Züricher Civilprozeßordnung vom nämlichen Datum, welche sich an ersteres Gesetz unmittelbar anschließt (§§ 209—725) nebst Formularen; 3. das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege; 4. das Gesetz betr. das Verfahren vor Bundesgericht, sowie die ergänzenden Gesetze a) über die Kosten der Bundesrechtspflege vom 25. Brachmonat 1880 und b) über den Gerichtsstand vom 18./20. Wintermonat 1850. — Die eigene Arbeit des Verf. besteht in zahlreichen Anmerkungen, in welchen theils ergänzende und erläuternde Rechtssprüche, theils Verweisungen auf anderweitige einschlagende Gesetzesbestimmungen, theils kritische Urtheile über die Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit der gesetzlichen Vorschriften und Einrichtungen geboten werden. Theoretische Erörterungen allgemeiner Natur sind stellenweise eingestreut, z. B. als Einleitung zum Civilprozeß: über die Requisite zum Civilprozeß, wo für die Zulässigkeit der Anerkennungsklagen eingetreten wird; — über das Geständniß; — über Passiv- und Aktivlegitimation (S. 160); Rechtskraft der Urtheile (S. 161) u. s. w. Gegenüber der streng durchgeführten Mündlichkeit der Verhandlung im Züricher C.-P. macht Meili einige Bedenken geltend; er findet wenigstens die Klage sollte in Schrift verfaßt werden. Sie wird in Zürich bekanntlich durch die sogen. friedensrichterliche Weisung ersetzt, welche bloß die Rechtsbegehren und eine Aufzählung der von den Parteien vorgelegten Urkunden enthält. So ist der Beklagte genöthigt, in der Hauptverhandlung fast ganz unvorbereitet den ganzen Stoff der Vertheidigung vorzubringen, wobei noch die Eventualmaxime gilt und nur die foridekllinatorische Einrede als Zwischengesuch vorgesehen ist. Abhülfe bietet einigermaßen die sog. Referentenaudienz, die indeß nach dem Zeugniß Meili's fast nur im Bezirk der Hauptstadt praktizirt wird. Die Eventualmaxime, sagt M., führt zuweilen zu unnöthigen Erörterungen; allein sie ist unzweifelhaft rationell, weil sonst ein einziger Prozeß in eine Serie von verschiedenen Prozessen zerbröckeln könnte (S. 129). Das deutsche Gesetz sucht bekanntlich dieser Gefahr dadurch zuvorzukommen, daß die trölerische

Partei die Kosten unnöthiger Termine zu tragen hat, sowie durch Abschneidung neuer Anbringen und Einreden im Fall offenbarer Nachlässigkeit und Gefährde. So auch der Moser'sche Entwurf für den Kanton Bern. Wir können uns kaum vorstellen, wie es möglich sein soll, schon im ersten Termin, ohne schriftliche Vorbereitung, den Prozeßstoff vollständig vorzubringen. Dem Vernehmen nach wird denn auch diese sog. Hauptverhandlung vielfach in mehrere Termine gespalten, deren Zusammenhang lediglich durch das Protokoll vermittelt wird, welches vom Gerichtsschreiber selbstständig abgefaßt wird und die „einzige relevante Beurkundung über das in der Hauptverhandlung Gesagte und nicht Gesagte bildet." Freilich ist der Gerichtsschreiber, dessen Wahl dem Bezirksgericht zusteht (§ 22), nach M. „der centrale Punkt, um den sich Alles dreht"; er „repräsentirt auf den Landgerichten regelmäßig (einzig) die abstrakte Jurisprudenz. Er redigirt regelmäßig die Beweisinterlokute und die Erheblichkeitsbeschlüsse; er leitet die Prozesse und er entwirft die Urtheilsbegründungen" (S. 9). Mit so qualifizirten Gerichtsschreibern ließe sich auch bei uns in Bern eine reelle Vereinfachung des Prozesses, soweit er mündlich sein soll, erzielen, ohne sie trotz der besten Gesetze niemals. —

Sehr passend auch für unsere Verhältnisse erscheint die Vorschrift des § 494: „Ungebührlich weitläufige Parteischriften sollen nicht angenommen, sondern der betreffenden Partei unter Auflegung einer Ordnungsbuße und Ansetzung einer kurzen Frist zur Umarbeitung zurückgestellt werden." (Der Große Rath des Kantons Bern würde diesen Satz sicher ohne Bedenken acceptiren; eine andere Frage wäre freilich die nach der praktischen Anwendung).

Doch wir wollen hier keine Darstellung des Zürcher Prozesses geben; daß der Kommentar wie die gesetzlichen Normen selbst von hohem Interesse für alle Juristen, namentlich derjenigen Kantone sind, die sich mit Revision ihres Gerichtswesens befassen, dürfte aus dem Bemerkten hervorgehen. Die Lektüre ist trotz des trockenen Stoffs geradezu spannend, und die Gesinnung des Verf., wie sie sich namentlich auch im Vorwort ausspricht, seine Auffassung der Aufgabe der Advokatur und des Richterstandes, kann nicht genug hervorgehoben werden.

Der Kommentar zum bundesgerichtlichen Prozeß bietet natürlich auch den außer=zürcherischen Juristen ein praktisches Interesse dar.

Das „dem schweiz. Juristenverein" gewidmete Buch wird sich gleich den frühern Arbeiten des Hrn. Verf. (Telegraphenrecht, Postanstalten u. s. w.) viele Freunde erwerben. Red.

**Niggeler und Vogt, Sammlung der Civilprozeßgesetze des Kantons Bern,** mit Beifügung aller einschlagenden kantonalen und eidgenössischen Gesetze und Abänderungen, sowie der Bundes- und Kantonalverfassung und der civilrechtlichen Staatsverträge. Siebente Auflage, fortgeführt bis in das Jahr 1882, bearbeitet von Dr. Emil Vogt, Professor und Fürsprech in Bern. Bern, Jenni, 1882. 1. Lieferung. (Bogen 1—5).

Das altbekannte Corpus juris Bernensis bietet in seiner anwachsenden Dickleibigkeit trotz knappster Raumbenutzung ein getreues Bild von dem zunehmenden Einfluß der bundesrechtlichen Legislation auf das bernische Rechtsleben einerseits, und der fortdauernden Thätigkeit der kantonalen Gesetzgebungsmaschine (welch letztere zwar sich jüngstens mit Vorliebe der „Vereinfachung" befleißt) andererseits. Aus dem in den 50er Jahren erschienenen Taschenbuch werden zwei starke Bände großoktav, welche in 10 Lieferungen bis Anfang Oktober l. J. erscheinen sollen. Die neue Ausgabe ist hauptsächlich durch das Erscheinen der Gesetze über Handlungsfähigkeit und das Obligationenrecht veranlaßt, und es wird besonders interessant sein zu sehen, wie das enchevêtrement (denn es ist mehr als Ineinandergreifen) dieses letztern Codex mit dem kantonalen Gesetzbuch hier zur Darstellung gebracht werden wird. Soweit die Arbeit vorliegt, darf man sagen, daß im Sinne der Uebersichtlichkeit, bei den zu Gebote stehenden typographischen Mitteln Vieles, wenn nicht Alles gethan ist; durch Verwendung der Antiqua für gewisse Kategorien von Artikeln hätte vielleicht noch größere Anschaulichkeit gewonnen werden können. Für Laien wäre ein Verzeichniß der am meisten gebrauchten Abkürzungen erwünscht. Auf S. 19 unten zum Kirchen-Artikel der Verfassung wäre das Dekret vom 2. Dez. 1874 über die Organisation der katholischen Kirchensynode und das praktisch wichtige Dekret betr. Steuern zu Kultuszwecken, welches das Verfahren behufs Austritt aus den Landeskirchen normirt, anzuführen gewesen, und auf S. 20 Note 1 das Gesetz über die öffentlichen Primarschulen vom 11. Mai 1870, statt des minder wichtigen Reglements vom 5. Januar 1871. — Einer Empfehlung unsererseits bedarf das Unternehmen übrigens nicht. — Die vorliegende Lieferung enthält die Kantonsverfassung mit Zusätzen und vom Civilgesetzbuch die Satzungen 1—94 mit allem dahin Einschlagenden aus dem Bundesrecht. — Zu wünschen ist, daß dem Civilprozeß die im Wurfe liegenden Abänderungen beigefügt werden können. Red.

# Mittheilungen.

**Revision der bernischen Civilgesetzgebung.** Die vom bern. Juristenverein in seiner ordentlichen Hauptversammlung beschlossene Eingabe an die Justizdirektion (siehe Bd. 17, S. 190 ff. dieser Zeitschrift) ist nicht unbeachtet geblieben. Die Justizdirektion hat die Angelegenheit der Einführung des schweiz. Obligationenrechts und die damit zusammenhängende große Revisionsarbeit im Sinne einer Vereinheitlichung des kantonalen Privatrechts energisch an die Hand genommen und einen Bericht ausgearbeitet, welcher schon Anfangs Januar abhin dem Regierungsrath unter Zuziehung einiger Mitglieder der juristischen Fakultät unserer Hochschule, sowie des Herrn Oberrichter Dr. Juillard zur Diskussion unterbreitet wurde. Wir entnehmen demselben folgende historische Daten, deren Zusammenstellung uns nicht ohne Interesse erscheint; zugleich weisen wir auf die vorhandenen gedruckten Vorarbeiten hin.

1864 Mai. Beschluß des Großen Rathes: es sei ein einheitliches Civilgesetzbuch für den Kanton Bern auszuarbeiten. Ernennung der HH. Fürspr. N. Niggeler, Prof. J. Leuenberger und Fürspr. Carlin als Redaktoren.

1866 Vorlage deutscher Entwürfe: Einleitungstitel; Personenrecht mit Ausschluß des ehel. Güterrecht; Sachenrecht; Haupttheil des Obligationenrechts. (Scheinen nicht mehr vorhanden zu sein).

1866 November, ertheilt der Große Rath Auftrag zu Abfassung eines wissenschaftlichen Berichts „über die Grundlagen der Revision", zugleich beschließt er auf Eingabe der ökonomischen Gesellschaft (verfaßt von Prof. Leuenberger, abgedruckt Ztschr. Bd. 3, S. 205, 237 ff.) hin: Ausarbeitung einer einheitlichen Hypothekenordnung (mit Einführung des Katasters im alten Kantonstheil) vor Gesammtrevision der Civilgesetzgebung.

1867 Entwurf „Pfand- und Hypothekenordnung" in 149 Artt. (54 S. 4°, gedr. bei Rieder & Simmen), verfaßt von Prof. Leuenberger.

„ März 18. Vorläufiger Bericht der Redaktionskommission an die Direktion der Justiz und Polizei.

„ März 23., desgl. über ein schweizer. Handelsgesetzbuch. (Letztere beide Berichte sind abgedruckt Zeitschr. Bd. 3, S. 325 ff. und 365 ff.)

1868 Gesetzes-Entwurf über Einrichtung und Führung der Grundbücher in 101 Artt., „von der Redaktionskommission für die Ausarbeitung einer einheitlichen Civilgesetzgebung vorberathen und gutgeheißen den 15. Febr. 1868", verfaßt von Fürspr. N. Niggeler (Druck von Rudolf Jenni, 41 S. 4°, mit Formularen).

„ Bericht über die Grundlagen einer einheitlichen Civilgesetzgebung für den Kanton Bern, verfaßt von Prof. Leuenberger (Druck von Rieder & Simmen, 188 S. 8°). Derselbe wird einer Großrathskommission von 7 Mitgliedern überwiesen.

„ März 2. Ueberweisung der Hypothekar- und Grundbuch-Entwürfe an eine 9gliedrige Großrathskommission (Präsident: Stämpfli).

„ November 9. Bericht der Siebnerkommission (Präsident R. Brunner) betr. den Bericht über die Grundlagen ꝛc. 8 S. Druck von Rieder und Simmen.

1869 Mai 8. Bericht der erweiterten Großrathskommission (30 Mitgl., Präs. Brunner). 16 S., Druck von Alex. Fischer.

1869 August. Feststellung der „Grundsätze" im Großen Rath.

1871 Entwurf Bürgerliches Gesetzbuch für den Kt. Bern. Einleitung und Buch I, Personen- und Familienrecht. Art. 1 bis 351. 110 S. 4° (gedruckt bei Alex. Fischer). Vergl. dazu: Vogt, Kritik ꝛc. und Zeitschr. VII, 92, 65 ff., 95.

1872 Februar 7. Beschluß des Großen Rathes: „Angesichts der in der Bundesrevision angestrebten Rechtseinheit mit den Berathungen über das bernische bürg. Gesetzbuch inne zu halten."

? Entwurf bgl. G.-B. Buch II, Vermögensrecht, 1. Hauptstück: das Sachenrecht (Eigenthum und Dienstbarkeiten, Art. 365—683, nicht gedruckt, sondern nur in wenigen Expl. lithographirt).

1873 Entwurf bgl. G.-B., Buch II, 2. Hauptstück: das eheliche Güterrecht und das Erbrecht, Art. 684—1015 (Bern, Alex. Fischer, 4°). Aus dem Nachlaß des Hrn. Prof. Dr. Leuenberger.

1876 Mai 19. Beschluß des Großen Rathes:
1. grundsätzliche Wiederaufnahme der Berathungen eines neuen einheitlichen Zivilgesetzbuches;
2. zuerst mit der Pfand- und Hypothekenordnung und Grundbuchordnung zu beginnen.

1876 Oktober 21. Ernennung einer neuen Redaktionskommission für Umarbeitung u. Vorberathung der vorhandenen Entwürfe.

1876 November. Vertheilung der Materien unter deren Mitglieder (Prof. König: Personen- und Familienrecht; Bundesrichter R. Niggeler: Sachenrecht).

Die neuesten, dem Gr. Rath am 28. Februar zur Kenntniß gebrachten Beschlüsse des Regierungsrathes lauten wie folgt:

1. Es sei vorerst eine sorgfältig ausgearbeitete Vorlage anzuordnen, worin auf die Abweichungen der schweizerischen und kantonalen Gesetzgebungen hingewiesen und mit möglichster Genauigkeit zu konstatiren wäre, was gilt und was nicht mehr gilt, resp. welche kantonalen Vorschriften durch das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 außer Kraft gesetzt werden. Diese Arbeit müßte für beide Kantonstheile gesondert gemacht werden und würde sodann die Grundlage bilden zu weiteren Beschlüssen über das zweckmäßigste Vorgehen hinsichtlich der Einführung des Obligationenrechtes.

2. Es seien die Codifikationsarbeiten sofort wieder aufzunehmen und fortzusetzen, mit steter Rücksicht auf eine zusammenfassende einheitliche Gesetzesarbeit für die ganze Eidgenossenschaft.

3. Es sei der Anfang zu machen mit dem Personen-, Familien- und Vormundschaftsrecht einerseits und dem Hypotheken- und Grundbuchrecht andererseits.

Die Justizdirektion ist auch bereits mit der Vertheilung der Pensen vorgegangen; bei der Schwierigkeit aber, daß z. Th. neue Kräfte sich in vorliegenden Materien hinein arbeiten müssen, wird immerhin noch einige Zeit verstreichen, bis neue Vorarbeiten vorgelegt werden können.

**Schweizer Juristenverein.** An der dießjährigen Hauptversammlung in Altorf werden als Referenten auftreten:

1) über die konkursrechtlichen Fragen (Privilegien, Stellung des Weiberguts, Nachlaßvertrag und Folgen des Konkurses), Prof. Dr. Andr. Heusler in Basel und Advokat Jacottet in Neuenburg.
2) über das Rechtsmittelsystem der Kantone und den daherigen Anschluß an das Verfahren vor Bundesgericht: Reg.-Rath und Prof. Dr. Speiser in Basel und die HH. Prof. Gentet und Adv. Martin in Genf.

Der Vorstand des Vereins hat in seiner Sitzung vom 19. März beschlossen, einen ersten Beitrag von Fr. 1000 an die Bluntschli-Stiftung zu verabfolgen und bei der Hauptversammlung einen fernern Zuschuß zu beantragen.

# Nachtrag.

## Literarische Mittheilung.

**Schweizerischer Bundeskalender.** Fünfter Jahrgang 1882. Bern, B. F. Haller, 214 S. 8⁰. Preis: Fr. 1. 20.

Auf S. 46—64 findet sich eine Zusammenstellung der kantonalen Verwaltungs- und Gerichtsbehörden, nebst den Namen der bedeutendern Advokaten und Notare. Von bleibendem Werth für den Juristen ist sodann die auf S. 65—106 gegebene Uebersicht über die eidg. Gesetzgebungsarbeiten vom 1. Okt. 1880 bis 30. Sept. 1881. Auch über das Verwaltungswesen und die sozialen Zustände und Bewegungen auf eidgenössischem und kantonalem Boden finden sich werthvolle Angaben. Ferner sind z. B. auf S. 111 ff. die bisherigen Verhandlungen über den Handelsvertrag mit Frankreich übersichtlich dargestellt, S. 116 ff. die Hauptergebnisse der Volkszählung gegeben. Kurz, eine Menge werthvoller Notizen, die sonst in Zeitungen zerstreut sind und verloren gehen oder aber nur in Fachschriften sich finden, sind hier in präziser Form zum bleibenden Gebrauch zusammengefaßt, und es kann die Anschaffung des Buches, zumal bei dem erstaunlich billigen Preise, nur empfohlen werden.

## Berichtigungen zu Heft 4 des vorigen Jahrgangs.

a) In der Abhandlung „Bedeutung der Denunciation bei der Cession nach heutigem praktischen Rechte" in Heft 4 des 17 Bds., S. 578, Zeile 15 u. ff. soll es heißen: „Diese (Voraussetzung) besteht nämlich darin, daß unserer Stelle der Entscheid eines Collisionsfalles in der Weise zu Grunde liegt, daß entweder der Cessionar (statt Cedent) gegen den debitor cessus klagt, nachdem der Cedent (statt Cessionar) gegen denselben klagend bereits schon aufgetreten, oder wo beide, der Cedent und Cessionar, gleichzeitig Klage erhoben haben."
b) Seite 589 Zeile 4 von unten soll es heißen „vor" statt „von".
c) Seite 598 ibidem, Note, soll das Citat am Ende lauten N. F. II. 147 (statt 33).

Verschiedene in den „Mittheilungen" des letzten Heftes stehen gebliebene Druckfehler bitten wir den Leser selbst zu berichtigen.

## Inhalt des nächsten Heftes:

1) E. Vogt, Erläuterungen zum Obligationenrecht. Fortsetzung.
2) Attenhofer, Cession. Schluß.
3) Entscheidungen des bern. Regierungsraths.
4) Obergerichtliche Rechtsprechung von Solothurn, Bern u. s. w.

# Zeitschrift

des

# Bernischen Juristen-Vereins

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone
Bern, Luzern, Aargau und Solothurn.

Band XVIII. 2. Heft. 1882.

## Die Bedeutung der Denunciation bei der Cession nach heutigem praktischem Recht

mit namentlicher Berücksichtigung der deutschen und schweizerischen Gesetzgebung und Gerichtspraxis

von Dr. K. Attenhofer, Oberrichter in Luzern.

### Zweiter Theil.

B

(Schluß.)

### § 4.

Die Frage, ob die Denunciation bei der Cession einer Forderung ein Aneignungs- oder Sicherungsmittel enthalte, kann in objektiver Hinsicht auch per consequentias im Hinblick auf gewisse materielle Rechtssätze, welche die Gesetze oder die Gerichtspraxis aufgenommen, gelöst werden. Eine mittelbare Lösung im angegebenen Sinne wird u. A. gegeben:

1) durch den Satz, daß der Schuldner nach geschehener Abtretung, bevor er Kenntniß von derselben erhalten, noch rechtsgültig an den Cedenten bezahlen,

2) durch die Bestimmung, daß der Schuldner Gegenforderungen, welche er an den Cedenten in dem Momente hat, wo er Kenntniß von der Abtretung erhielt, auch dem Cessionar gegenüber geltend machen kann;

3) durch den Entscheid über die Frage, ob, wenn ein Gläubiger nach der ersten Cession die gleiche Forderung nochmals an einen Andern abgetreten, dem ersten Cessionar oder dem ersten Denuncianten unter der Voraussetzung, daß weder an den Einten noch an den Andern Bezahlung erfolgte, der Vorrang gebühre.

ad 1. Der Satz, daß der Schuldner nach geschehener Cession, bevor er Kenntniß von derselben erhalten, noch rechtsgültig an den Cedenten bezahlen kann, läßt freilich eine verschiedene Erklärungsweise zu und hat auch diese in der That in der Wissenschaft gefunden. Die erste und nach unserer Ansicht natürlichste Erklärung besteht in der Annahme, daß der Cedent noch Gläubiger sei. Die zweite Erklärungsweise sucht ihre Rechtfertigung in der Aequitas, indem von der Anschauung ausgegangen wird, daß der Schuldner, der vor der Denunciation an den Cedenten noch bezahlt, nicht frei werde, weil er an Denjenigen bezahlt hat, der noch Gläubiger ist, sondern um seines guten Glaubens willen. Diese letztere Erklärungsweise kann aber nach unserer Ansicht nur unter einer Voraussetzung Platz greifen. Ist nämlich durch die Gesetzgebung unzweifelhaft festgestellt, daß der Cedent nach erfolgter Cession nicht mehr Gläubiger sein kann, so ist diese Voraussetzung gegeben; denn alsdann ist keine andere Erklärung für unsern Satz möglich als die, daß die bona fides des zahlenden Schuldners der maßgebende Faktor ist, welcher denselben von jeder weitern Zahlung befreit. Haben aber die Gesetze diese Frage nicht in der angegebenen Weise gelöst, so scheint uns die juristische Basis für die Argumentation der bona fides vollständig zu fehlen. Man hat daher nicht ohne Grund auf die Ungerechtigkeit aufmerksam gemacht, die von Gesetzeswegen an dem debitor cessus begangen wird, wenn demselben ohne sein Wissen an die Stelle des bisherigen Gläubigers ein neuer aufgedrängt wird, so daß der Schuldner nur an diesen

bezahlen kann. Die Folgen dieser Ungerechtigkeit hat man freilich dadurch zu mildern gesucht, daß man der Billigkeit wegen zu der juristischen Inkonsequenz gekommen ist, zu behaupten, daß eine Zahlung an den Nichtgläubiger, wenn sie in bona fide geschehe, den Schuldner liberire (vergl. auch Muffet, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. XII, S. 345 und 346). Wenn nun aber die Gesetze nicht ausdrücklich erklären, daß der Cedent mit dem Akte der Cession die Eigenschaft als Gläubiger verliere, so liegt kein Grund vor, ohne Wissen des Schuldners demselben an die Stelle des bisherigen Gläubigers einen neuen zu substituiren. Ist dieses aber der Fall, so sagen wir mit Muffet: „Die Gesetzgebung braucht dann nicht einen Fehler gegen das juristische Denkvermögen mit der Billigkeit zu entschuldigen, vielmehr darf der Schuldner an den Cedenten noch zahlen und tilgt dadurch die Schuld von Rechtswegen, weil der Cedent vor der Benachrichtigung noch wirklich Gläubiger ist.“ (Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß cit. loco.)

a. Nach gemeinem Rechte, wie es sowohl in der Theorie als auch in der Gerichtspraxis zum Ausdrucke gelangt ist, gehört nun der Satz, daß der Schuldner nach geschehener Cession, bevor er Kenntniß von derselben erhalten hat, noch rechtsgültig an den Cedenten bezahlen kann, zu den wenigen Sätzen in der Cessionslehre, welche keine Controverse bilden. Dieser in der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis unbestrittene Satz findet aber seine Erklärung einzig darin, daß nach gemeinem Rechte, wie dasselbe aus den röm. Rechtsquellen sich entwickelte, der Cedent bis zum Momente der Benachrichtigung als Gläubiger zu betrachten ist.

Bähr glaubt zwar, diesen Satz vom Standpunkte der röm. Rechtsquellen aus mit Bezugnahme auf passende Analogien, die er unter Anderm in der l. 1, § 30 D. depositi 16, 3, l. 12, § 2 D. de solut. 46, 3 (Jahrbücher für Dogmatik, Bd. I, S. 428, 416) finden will, dahin erklären zu können, daß der Schuldner nur wegen der bona fides befreit wird. Wir halten nun aber dafür, daß die betreffenden Stellen diese passenden Analogien nicht bilden. Dieselben gehen nämlich von der unzweifelhaften

Voraussetzung aus, daß Derjenige, an welchen eine Leistung erfolgt, nicht der eigentliche Berechtigte sei. Wenn nach der erstangeführten Stelle (l. 1, § 30, D. 16, 3) der Depositar, welcher die von einem Sklaven deponirte Sache Demjenigen zurückstellt, welchen er für den Herrn des Sklaven hält, der es aber in Wirklichkeit nicht ist, dem wahren Eigenthümer gegenüber nicht mehr weiter haftet, so ist hier ausdrücklich anerkannt, daß an einen Nichtgläubiger die Leistung erfolgte. Wenn nach der l. 12, § 2, D. 46, 3 der A den B beauftragt, den Titius zu bezahlen, sodann aber A dem letztern verboten hat, die Zahlung anzunehmen, und nun B, ohne daß er von dem Verbote Kenntniß hatte, an den Titius Zahlung leistete, in Folge dessen B von der weitern Leistung liberirt wird, so ist auch hier ausdrücklich konstatirt, daß der Titius nicht mehr der eigentliche Berechtigte für Empfangnahme der Zahlung ist. — Ist nun aber durch die l. 3 cod. 8, 42 — wie wir im § 3 II. Thl. dargethan — eine unmittelbare Lösung in dem Sinne gegeben worden, daß der Cedent nach dem Cessionsakte noch als Gläubiger erscheint, so ist die Sachlage eine sehr klare; denn in diesem Falle ist eine Anwendung der betreffenden, von Bähr citirten Gesetzesstellen per analogiam auf das Cessionsverhältniß absolut ausgeschlossen. Aber auch selbst in dem Falle, daß die Auslegung, welche von einigen Schriftstellern — u. A. auch von Bähr und Schäffer — der angeführten l. 3, cod. 8, 42 dahin gegeben wird, daß hier nur ausgesprochen sei, der Cedent behalte nach dem Cessionsakte die thatsächliche Möglichkeit bei, die cedirte Forderung einzutreiben, richtig wäre, so könnte aus der Richtigkeit dieser Thatsache nicht ohne Weiteres gefolgert werden, daß die betreffenden Gesetzesstellen herbei gezogen werden dürfen, um die Bezahlung des Schuldners an den Cedenten nach der Cession, wenn der Schuldner keine Kenntniß von derselben erhalten hat, zu rechtfertigen. Die letztere Auslegung der alleg. l. 3 cod. würde nämlich nur zu dem Resultate führen, daß die Frage, ob der Cedent nach dem Abtretungsakte noch als eigentlicher Gläubiger betrachtet werden könne oder nicht, nach den römischen Rechtsquellen weder im Sinne der einten noch der andern Alternative eine unmittel-

bare Lösung gefunden habe. Denn alle übrigen Stellen, welche zur unmittelbaren Lösung dieser Frage von einigen Civilisten angerufen werden, vermögen nach unserer Meinung aus Gründen, die wir oben in einläßlicher Darstellung entwickelt, diese Frage nicht zu lösen. Bei dieser Sachlage und bei dem subsidiären Charakter, welcher der Bähr'schen Argumentation mit der bona fides beigelegt werden muß, ist aber gar keine Veranlassung zur Anwendung des Begriffs der bona fides gegeben. Denn in beiden Fällen, welche in den von Bähr citirten Gesetzesstellen ihre Entscheidung gefunden, ist, wie wir gezeigt, ausdrücklich anerkannt, daß der Schuldner mit Denjenigen, an welche er geleistet, in keinem vertraglichen Verhältnisse stehe, so daß derselbe dem eigentlichen Berechtigten bonam fidem prästiren muß, während der Schuldner — wenn er nach dem Abtretungsakt an den Cedenten bezahlt — diese Bezahlung immer an eine Person abführt, bezüglich welcher unter allen Umständen vom Standpunkte der röm. Rechtsquellen aus nicht feststeht, daß dieselbe in keinem Vertragsverhältnisse mehr mit dem Zahlenden sich befinde. Auch Knorr versucht sich Bähr gegenüber, resp. gegen das Herbeiziehen der betreffenden Gesetzesstellen, die für das Verhältniß der Cession passende Analogien bilden sollen, wenn auch nicht in der gleichen, doch in einer ähnlichen Widerlegung, wie wir sie soeben gegeben, indem er sagt: „Der Handelnde steht in den in diesen Gesetzen entscheidenden Fällen mit Demjenigen in Vertragsverhältnissen, dem er unter Umständen verantwortlich werden soll, und ihm deßhalb bonam fidem gewähren muß, während durch die Cession allein noch kein Vertragsverhältniß zwischen dem Cessionar und dem abgetretenen Schuldner begründet wird." (Archiv für civil. Praxis, Band 42, Seite 321.) Wir weichen von der Knorr'schen Argumentation insofern ab, als wir unserer Widerlegung nicht den absoluten Satz, daß durch die Cession allein noch gar kein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Cessionar und dem abgetretenen Schuldner begründet werde, zu Grunde legen. Uns genügt zu dieser Widerlegung vollständig, daß wir sagen: die bona fides, welche in den von Bähr citirten Gesetzesstellen dem wirklichen Gläubiger prästirt werden muß, setzt

ausdrücklich voraus, daß an einen Nichtgläubiger geleistet wird, was eben bei der Cession bezüglich des Cedenten in dem Momente zwischen dem Cessions- und dem Denunciationsakte nicht der Fall ist.

b. Was die partikuläre Gesetzgebung betrifft, so haben wir bezüglich unseres Satzes zwei Gruppen auseinander zu halten.

In die erste Gruppe gehören diejenigen partikulären Gesetzgebungen, die einfach ohne allen Zusatz bestimmen, daß der debitor cessus bis zur Bekanntmachung oder bis zur erlangten Kenntniß von der Abtretung rechtsgültig an den Cedenten bezahlen kann. In diese Gruppe fallen der code Napoléon (Art. 1691), das badische Landrecht (1691), das österreichische allgemeine b. G.-B. (1395), das b. G.-B. des Königreichs Sachsen (972), das preußische Landrecht (413) I. Thl. 11 Titel, der Entwurf des baierischen b. G.-B. von 1861 (151), die Civilgesetzbücher der Kantone Bern (981), Luzern (741), Aargau (820), Zürich (1031), Graubünden (356), Neuenburg (1324) und Solothurn (1428). In den meisten dieser Gesetzgebungen muß die genannte Bestimmung als eine natürliche Konsequenz des Grundsatzes betrachtet werden, daß der Cedent durch die Denunciation seine Eigenschaft als Gläubiger dem debitor cessus gegenüber verliert. Diese Konsequenz ist unzweifelhaft gegeben in denjenigen Gesetzgebungen, die — wie der code Napoléon, das österreich. allgem. b. G.-B., das badische Landrecht, das b. G.-B. des Kts. Graubünden, — der Denunciation, wie wir oben dargethan, den Charakter eines Aneignungsmittels verleihen. Aber auch in denjenigen Civilgesetzgebungen, welche über die Frage, ob die Denunciation ein Aneignungs- oder Sicherungsmittel sei, keine unmittelbare Lösung enthalten, findet, wie dies bezüglich des preuß. Landrechts, des Entwurfes des baier. Civilgesetzbuches von 1861, der Civilgesetzgebungen der Kantone Zürich, Bern, Luzern, Aargau und Neuenburg der Fall ist, nach unsern obigen Ausführungen diese Folgerung ihre vollständige Rechtfertigung. Wir halten daher einen Entscheid des zürch. Obergerichts aus den 1850er-Jahren, welcher den Art. 1031 des zürch. Privatrechtes dahin interpre-

tirte: „der Art. 1031 hat nur den Zweck, den Schuldner, der im guten Glauben, es stehe die Forderung noch dem Cedenten zu, diesen ausbezahlt hat, vor weitern Ansprüchen des Cessionars zu schützen, der unterlassen hatte, jenem von der erfolgten Cession Mittheilung zu machen" (vergl. Commentar zum privatrechtlichen Gesetzbuche des Kantons Zürich von Dr. R. Ed. Ullmer, I. Bd., 1. Abtheilung, S. 89, Nr. 1651), nicht für richtig. Die spätere Obergerichtspraxis hat übrigens, wenigstens indirekt, diese Interpretation verworfen. Denn wenn das zürch. Obergericht, resp. die Civilabtheilung desselben, in einem Entscheide vom 5. November 1869 erklärt: „so lange der Schuldner keine Kenntniß davon hat, daß der Gläubiger seine Forderung abgetreten habe, ist er berechtigt und verpflichtet, denselben in jeder Beziehung als den ihm gegenüber allein berechtigten zu halten" (Gwalter, Bd. 21, S. 296), hat es einen Grundsatz aufgestellt, der offenbar mit der Theorie der bona fides, welche dem ersten Entscheide zu Grunde liegt, absolut unvereinbar ist.

Das Fazit wäre deßhalb, daß mit Ausnahme des b. G.-B. des Königreichs Sachsen und des Kts. Solothurn sämmtliche partikulären Gesetzgebungen, welche in dieser Gruppe aufgeführt sind, die Bestimmnng, daß der debitor cessus vor der Bekanntmachung oder der erlangten Kenntniß der erfolgten Cession noch rechtsgültig an den Cedenten bezahlen kann, als eine natürliche Konsequenz des Grundsatzes, daß der Cedent vor der Denunciation noch als wirklicher Gläubiger erscheint, betrachten.

In die zweite Gruppe gehören diejenigen partikulären Gesetzgebungen, die bestimmen, daß, wenn der Schuldner den Cedenten im guten Glauben bezahlt, ehe dieser oder der Cessionar ihn von der stattgefundenen Cession benachrichtigt, er (der Schuldner) befreit werde. Daß diese Bestimmung, resp. der ihr beigefügte Zusatz „im guten Glauben", die Annahme ausschließt, den Abtreter nach dem Cessionsakte noch als Gläubiger zu betrachten, in Folge dessen der Denunciation nur der Charakter eines Sicherungs- und nicht derjenige eines Aneignungsmittels beigelegt werden kann, ist nach unsern obigen Ausfüh-

rungen allzu klar, als daß dieselben noch einer weitern Auseinandersetzung bedürften. — Hier sind anzuführen: der Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse vom Jahre 1866 (Art. 331), die b. G.=B. der Kantone Waadt (1194) und Wallis (1432) und das eidg. Obligationenrecht. Der Art. 187 des letztern lautet: „Wenn der Schuldner, bevor ihm der Abtretende oder der Erwerber die Abtretung angezeigt hat, in gutem Glauben an den frühern Gläubiger oder, im Falle mehrfacher Abtretung, an einen im Rechte nachgehenden Erwerber Zahlung leistet, so ist er gültig befreit.“ Durch diesen Zusatz „im guten Glauben“ ꝛc., welcher im Art. 187 des eidg. Obligationenrechts aufgenommen wurde und der im Entwurfe vom Jahr 1879 dieses Bundesgesetzes nicht enthalten war, hat das eidgen. Obligationenrecht, wenn auch nicht gerade wörtlich, so doch dem Wesen nach, die Bestimmung des Art. 159 des Entwurfs vom Jahr 1876 adoptirt, gemäß welchem, wenn der Schuldner von der geschehenen Cession zuverlässige Kenntniß erlangt, er nicht mehr gültig an den Cedenten bezahlen kann.

Als kurz gefaßtes Resultat der bisherigen Untersuchung ergibt sich, daß nach der richtigen gemeinrechtlichen Theorie und der gemeinrechtlichen Praxis, sowie der Mehrzahl der angeführten partikulären Gesetzgebungen der Satz, daß der Schuldner — bevor er Kenntniß von der erfolgten Cession erhalten hat, noch rechtsgültig an den Cedenten bezahlen kann, — ohne allen und jeden Zusatz Aufnahme gefunden hat. Hieraus folgt aber, daß in dem heutigen praktischen Recht, sowohl wie es durch die Gerichtspraxis, insoweit sie durch die gemeinrechtliche Doktrin beherrscht, als auch durch die Mehrzahl der partikulären Gesetzgebungen zum Ausdrucke gekommen ist, unser Satz eine mittelbare Lösung der Frage, ob in der Denunciation ein Aneignungs- oder Sicherungsmittel liege, zu Gunsten der erstern Alternative gegeben hat.

ad 2. Die Bestimmung, daß der debitor cessus alle Forderungen aus der Person des Cedenten, welche vor der Denunciation begründet waren, dem Cessionar gegenüber geltend machen kann, findet ihre juristische Begründung nach unserem Erachten

allein darin, daß erst mit dieser Anzeige der Cedent aufgehört hat, Gläubiger zu sein. Denn wenn der Forderungsübergang sich sofort mit dem Akte der Abtretung vollständig vollzogen hätte, so wäre die natürliche Folge die, daß der debitor cessus nur diejenigen Forderungen, welche er an dem Cedenten hatte, gegenüber dem Cessionar zur Aufrechnung bringen dürfte, die vor diesem Akte der Cession entstanden sind.

Man hat nun freilich für die Bestimmung, daß der Schuldner die Forderungen aus der Person des Cedenten, welche vor der Denunciation begründet waren, dem Cessionar gegenüber geltend machen kann, nach anderen Erklärungsweisen gesucht, die aber nach unserer Anschauung alle haltlos sind. Den Rechtsgrund dieser Bestimmung suchte man namentlich auf den Grundsatz zurückzuführen, daß der Cessionar als Stellvertreter nur eine fremde Forderung — resp. die Forderung des Cedenten — erhält. So sagt u. A. Puchta: „Aus dem wahren Prinzip der Cession, daß es eine fremde Forderung ist, welche der Cessionar geltend macht, ergibt sich die Regel, daß der Schuldner alle Einreden, die ihm gegen seinen Gläubiger zustehen, auch dem Cessionar, der dessen Recht ausübt, entgegensetzen kann. Darin liegt aber von selbst, daß es Einreden sein müssen, welche der Schuldner gegen den Cedenten als Gläubiger hat, also erstens Einreden, welche mit der Forderung selbst zusammenhängen, denn nur diese stehen dem Gläubiger als Gläubiger entgegen; Einreden, die dem Cedenten bloß als Kläger entgegengesetzt werden können, die also mit seiner Eigenschaft als Gläubiger nicht in Verbindung stehen, können gegen den Cessionar aus der Person des Cedenten nicht in Anwendung kommen; zweitens Einreden, welche auch wirklich schon gegen den Cedenten begründet waren, ehe noch der Schuldner in ein bestimmtes Verhältniß zu dem Cessionar, wodurch der Einfluß des Cedenten auf die Forderung ausgeschlossen ist, getreten war.“ (Rechtslexikon von Weiske, Bd. 2, S. 661.) Wir können nun diese Argumentation nicht als richtig anerkennen. Abgesehen davon, daß sowohl nach dem heutigen als auch nach dem neuern römischen Rechte der Cessionar, wie wir oben ausführlich dargethan, in Wirklichkeit als Singularsuccessor

rungen allzu klar, als daß dieselben noch einer weitern Auseinandersetzung bedürften. — Hier sind anzuführen: der Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse vom Jahre 1866 (Art. 331), die b. G.-B. der Kantone Waadt (1194) und Wallis (1432) und das eidg. Obligationenrecht. Der Art. 187 des letztern lautet: „Wenn der Schuldner, bevor ihm der Abtretende oder der Erwerber die Abtretung angezeigt hat, in gutem Glauben an den frühern Gläubiger oder, im Falle mehrfacher Abtretung, an einen im Rechte nachgehenden Erwerber Zahlung leistet, so ist er gültig befreit.“ Durch diesen Zusatz „im guten Glauben“ ꝛc., welcher im Art. 187 des eidg. Obligationenrechts aufgenommen wurde und der im Entwurfe vom Jahr 1879 dieses Bundesgesetzes nicht enthalten war, hat das eidgen. Obligationenrecht, wenn auch nicht gerade wörtlich, so doch dem Wesen nach, die Bestimmung des Art. 159 des Entwurfs vom Jahr 1876 adoptirt, gemäß welchem, wenn der Schuldner von der geschehenen Cession zuverlässige Kenntniß erlangt, er nicht mehr gültig an den Cedenten bezahlen kann.

Als kurz gefaßtes Resultat der bisherigen Untersuchung ergibt sich, daß nach der richtigen gemeinrechtlichen Theorie und der gemeinrechtlichen Praxis, sowie der Mehrzahl der angeführten partikulären Gesetzgebungen der Satz, daß der Schuldner — bevor er Kenntniß von der erfolgten Cession erhalten hat, noch rechtsgültig an den Cedenten bezahlen kann, — ohne allen und jeden Zusatz Aufnahme gefunden hat. Hieraus folgt aber, daß in dem heutigen praktischen Recht, sowohl wie es durch die Gerichtspraxis, insoweit sie durch die gemeinrechtliche Doktrin beherrscht, als auch durch die Mehrzahl der partikulären Gesetzgebungen zum Ausdrucke gekommen ist, unser Satz eine mittelbare Lösung der Frage, ob in der Denunciation ein Aneignungs- oder Sicherungsmittel liege, zu Gunsten der erstern Alternative gegeben hat.

ad 2. Die Bestimmung, daß der debitor cessus alle Forderungen aus der Person des Cedenten, welche vor der Denunciation begründet waren, dem Cessionar gegenüber geltend machen kann, findet ihre juristische Begründung nach unserem Erachten

allein darin, daß erst mit dieser Anzeige der Cedent aufgehört hat, Gläubiger zu sein. Denn wenn der Forderungsübergang sich sofort mit dem Akte der Abtretung vollständig vollzogen hätte, so wäre die natürliche Folge die, daß der debitor cessus nur diejenigen Forderungen, welche er an dem Cedenten hatte, gegenüber dem Cessionar zur Aufrechnung bringen dürfte, die vor diesem Akte der Cession entstanden sind.

Man hat nun freilich für die Bestimmung, daß der Schuldner die Forderungen aus der Person des Cedenten, welche vor der Denunciation begründet waren, dem Cessionar gegenüber geltend machen kann, nach anderen Erklärungsweisen gesucht, die aber nach unserer Anschauung alle haltlos sind. Den Rechtsgrund dieser Bestimmung suchte man namentlich auf den Grundsatz zurückzuführen, daß der Cessionar als Stellvertreter nur eine fremde Forderung — resp. die Forderung des Cedenten — erhält. So sagt u. A. Puchta: „Aus dem wahren Prinzip der Cession, daß es eine fremde Forderung ist, welche der Cessionar geltend macht, ergibt sich die Regel, daß der Schuldner alle Einreden, die ihm gegen seinen Gläubiger zustehen, auch dem Cessionar, der dessen Recht ausübt, entgegensetzen kann. Darin liegt aber von selbst, daß es Einreden sein müssen, welche der Schuldner gegen den Cedenten als Gläubiger hat, also erstens Einreden, welche mit der Forderung selbst zusammenhängen, denn nur diese stehen dem Gläubiger als Gläubiger entgegen; Einreden, die dem Cedenten bloß als Kläger entgegengesetzt werden können, die also mit seiner Eigenschaft als Gläubiger nicht in Verbindung stehen, können gegen den Cessionar aus der Person des Cedenten nicht in Anwendung kommen; zweitens Einreden, welche auch wirklich schon gegen den Cedenten begründet waren, ehe noch der Schuldner in ein bestimmtes Verhältniß zu dem Cessionar, wodurch der Einfluß des Cedenten auf die Forderung ausgeschlossen ist, getreten war." (Rechtslexikon von Weiske, Bd. 2, S. 661.) Wir können nun diese Argumentation nicht als richtig anerkennen. Abgesehen davon, daß sowohl nach dem heutigen als auch nach dem neuern römischen Rechte der Cessionar, wie wir oben ausführlich dargethan, in Wirklichkeit als Singularsuccessor

bezüglich der cedirten Forderung betrachtet werden muß, so könnten, wenn man selbst annehmen wollte, daß derselbe (Cessionar) nur ein fremdes Forderungsrecht, resp. dasjenige des Abtreters, ausüben dürfe, — die rechtlichen Folgerungen hieraus, die der genannte Autor für die Einreden, so dem Schuldner aus der Person des Cedenten dem Cessionar gegenüber erwachsen, ableitet, nicht als begründet erscheinen. Denn wenn der Cessionar nur die Ausübung eines fremden Forderungsrechtes erhält, so führt dies unzweifelhaft zu dem Resultate, daß der Cedent auch nach der Denunciation Gläubiger bleibt. Muther, der consequenteste Anhänger der Theorie, welche den Cessionar nur als Ausüber des Forderungsrechtes des Cedenten betrachtet, kommt daher von diesem seinem Standpunkte aus ganz folgerichtig zu der Annahme, daß der Schuldner auch nach der Denunciation durch Bezahlung an den Cedenten die cedirte Forderung tilgt, so daß derselbe (Schuldner) dem Cessionar nur aus einem dolus haftbar wird. (Muther, Aktio, Abwehr gegen Windscheid, §§ 60 und 61.) Bleibt aber der Cedent nach der Denunciation noch Gläubiger, so kann man dann nicht mit Puchta sagen, daß der Schuldner nur die Einreden aus der Person des Cedenten, die im unmittelbaren Zusammenhange mit der cedirten Forderung stehen und die Forderungen, welche vor dem Momente der Bekanntmachung schon begründet sind, dem Cessionar entgegenzusetzen berechtigt sei. Das Verbleiben des Gläubigerrechtes beim Cedenten nach dem Momente der Denunciation führt vielmehr mit logischer Nothwendigkeit zur Annahme, daß der Schuldner einerseits alle Einreden, ohne Unterscheidung, ob dieselben auf die cedirte Forderung selbst oder auf die bestimmte Person des Gläubigers, resp. des Abtreters, sich beziehen, andererseits auch Forderungen, welche nach der Benachrichtigung erst aus der Person des Cedenten entstanden sind, dem Cessionar gegenüber geltend machen kann. Ist dieses aber richtig, so kann der Grundsatz, welcher den Cessionar nur als Ausüber des Forderungsrechtes des Cedenten hinstellt, eine Erklärungsweise für unsere Bestimmung nicht bilden.

Eine weitere Erklärung für unsere Bestimmung ist in der Weise versucht worden, daß man sie als eine natürliche Konsequenz des Grundsatzes, daß die Verpflichtung des debitor cessus durch die Cession nicht erschwert werden dürfe, hinstellt, so u. A. vom zürcherischen Privatrechte. Der § 1036 des alleg. Gesetzbuches sagt: „Auf der andern Seite darf die Verpflichtung des Schuldners durch die Abtretung der Forderung nicht erschwert werden. Der Schuldner kann daher gegen den Cessionar auch alle diejenigen Einreden geltend machen, welche ihm gegen den Cedenten zustehen, vorausgesetzt, daß dieselben nicht später als die Kundgebung der geschehenen Cession entstanden sind." Wäre nun dieser Grundsatz, daß die Lage des Schuldners durch die Cession nicht verschlechtert, resp. nicht erschwert werden dürfe, in seiner Allgemeinheit, wie er hier ausgesprochen ist, richtig, so würde allerdings dann als eine natürliche Folge hievon sich ergeben, daß der Schuldner alle Forderungen, welche er gegen den Cedenten bis zur Denunciation erworben, dem Cessionar gegenüber zur Aufrechnung bringen könnte und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Cession gegen den Schuldner schon mit dem Cessions- oder erst mit dem Denunciationsakte zur Vollendung gelangt. Denn wenn der Schuldner die Gegenforderung, die er zwar nach dem Akte der Abtretung, aber immerhin vor dem Momente der Benachrichtigung auf den Cedenten erworben, dem Cessionar gegenüber nicht kompensiren kann, so ist derselbe insofern durch die Cession in eine schlechtere Stellung versetzt worden, als er des Rechtes der Compensation vollständig verlustig geht. Dieser Verlust würde den debitor cessus namentlich empfindlich berühren, wenn etwa gerade im Vertrauen auf dieses Compensationsrecht die Forderung am Cedenten entstanden wäre. Wir halten nun aber dafür, es könne der Grundsatz, daß die Stellung des Schuldners durch die Cession nicht verschlechtert werden dürfe, in seiner Allgemeinheit, wie er oben ausgesprochen wurde, nicht, und zwar darum nicht auf Richtigkeit Anspruch machen, weil er folgerichtig zu dem Resultate führen würde, daß die Cession juristisch als unzulässig erklärt werden müßte. Im ältern römischen Rechte war die Unzulässigkeit der Cession in der

That anerkannt. Der eigentliche praktische Grund für diese Unzulässigkeit war aber kein anderer als der, daß man die Stellung des Schuldners durch die einseitige Handlung des Gläubigers nicht verändern, resp. nicht erschweren wollte (vergl. Mühlenbruch, 3. Auflage, § 59, Note 133.) Ist aber die Cession einmal zulässig, so müssen auch die Konsequenzen, welche sich hieraus naturgemäß ergeben, anerkennt werden. Windscheid sagt daher mit Recht: „Der Satz, daß durch die Uebertragung der Forderung der Schuldner nicht in eine schlechtere Lage versetzt werden dürfe, . . . findet seine nothwendige Begrenzung darin, daß die Uebertragung der Forderung eben rechtlich zulässig ist. Weil sie rechtlich zulässig ist, muß der Schuldner auch die daraus sich ergebenden Konsequenzen hinnehmen, selbst wenn sie ihm nachtheilig sind.“ (Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes. 4. Aufl., 2. Bd., S. 243, Anmerkung 2.) Vide auch Regelsberger, Archiv für civil. Praxis, Bd. 63, S. 194. Ob nun zu diesen nachtheiligen Konsequenzen, welche sich naturgemäß aus der Cession für den Schuldner ergeben, die Annahme, daß derselbe (debitor cessus) die Forderung, welche er nach dem Cessionsakte auf dem Cedenten erwirbt, gegenüber dem Cessionar nicht zur Aufrechnung bringen kann, gehört, ist einzig und allein von dem Umstande abhängig, daß schon durch den Cessions-, im Gegensatze zum Denunciationsakte, der Forderungsübergang dem Schuldner gegenüber zur vollständigen Perfektion gelangt. Ist dieses der Fall, so ist juristisch nicht denkbar, daß eine allfällige Gegenforderung, welche der Schuldner aus der Person des Cedenten nach dem Abtretungsakte, resp. zu einer Zeit erworben, wo die cedirte Forderung aus dem Vermögen des Cedenten ausgeschieden war, dem Cessionar gegenüber zur Compensation gebracht werden kann; denn bei dieser Sachlage würde ein Hauptrequisit der Compensation, wonach Haupt- und Gegenforderung gegenseitig zusammentreffen müssen, fehlen. Wenn dagegen dieser Forderungsübergang erst mit der Benachrichtigung dem Schuldner gegenüber, bezw. mit Ausschluß des Cedenten, sich vollziehen kann, so ist für die Gegenforderung, welche für den Schuldner aus der Person des Cedenten zwischen dem Cessions-

und dem Denunciationsakte erwachsen ist, das ebenangeführte rechtliche Hinderniß für die Compensation derselben dem Cessionar gegenüber nicht vorhanden, denn in diesem Falle scheitert das Compensationsrecht nicht an dem Mangel der Gegenseitigkeit der Forderungen.

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich, daß weder der Satz: daß der Cessionar nur Ausüber des fremden Forderungsrechtes ist, noch die Behauptung: daß durch die Cession die Stellung des Schuldners nicht verschlechtert werden darf, einen Grund für die Bestimmung enthält, daß der Schuldner alle Gegenforderungen, die er bis zum Momente der Denunciation an dem Cedenten erwirbt, gegenüber dem Cessionar zur Compensation bringen kann. Es bleibt daher nach unserem Erachten keine andere Erklärung für diese Bestimmung übrig als die, daß der Cedent bis zur Denunciation immer noch Gläubiger ist. —

Wenn wir nun die Frage stellen, ob die Bestimmung, daß der Schuldner alle Gegenforderungen, die er dem Cedenten gegenüber vor dem Momente der Denunciation erworben, gegen den Cessionar kompensiren kann, in der Theorie und Praxis ihre Aufnahme gefunden habe, so gelangen wir bei Beantwortung derselben zu folgendem Resultate. Nach gemeinem Rechte ist die betreffende Bestimmung sozusagen zur allgemeinen Anerkennung gekommen. Was speziell die Theorie betrifft, so haben sich alle namhaften Civilisten mit ganz wenigen Ausnahmen, zu welchen unter andern auch Brinz (Pandekten, 2. Auflage, Bd. II., S. 403) gehört, für dieselbe erklärt. Auch aus der gemeinrechtlichen Gerichtspraxis ist uns wenigstens kein Entscheid bekannt, in welchem die fragliche Bestimmung desavouirt würde. In allen den Entscheiden, wie sie vorzugsweise durch die Sammlungen in Seufferts Archiv zu unserer Kenntniß gekommen sind, wird als Grenzpunkt für den Erwerb der Gegenforderung des Schuldners gegen den Cedenten, um sie dem Cessionar gegenüber zur Compensation zn bringen, nicht der Cessions-, sondern der Denunciationsakt bezeichnet.

Diese gemeinrechtliche Bestimmung ist auch in den Staaten, in welchen das gemeine Recht ein zwingender subsidiärer Faktor

für den Richter nicht ist, ausdrücklich entweder durch die partikuläre Gesetzgebung oder dann durch die Gerichtspraxis adoptirt worden. Diese Bestimmung des gemeinen Rechtes ist ausdrücklich aufgenommen in dem code Nap. (Art. 1295, Abschn. 2) und einigen diesem wesentlich nachgebildeten Gesetzgebungen, z. B. im b. G.=B. des Kts. Wallis (Art. 1165, Abschn. 2), im sächsischen b. G.=B. (Art. 975), preuß. Landrecht (Art. 407, I. Thl., 12. Titel), im Entwurf eines allgemein=deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse (Dresdener=Entwurf, Art. 335, Abschn. 2), im Entwurfe des bayer. b. G.=B. vom Jahre 1860 (Art. 156), im Civilgesetzbuche des Kantons Zürich (Art. 1036), in drei Entwürfen des schweizerischen Obligationenrechtes (Art. 173 des I., 1871, Art. 162 der II., 1876, Art. 207 des III. Entwurfes vom Jahr 1879) und im eidgenössischen Obligationenrecht (Art. 189). In einigen partikulären Gesetzgebungen, wie z. B. im allgemeinen österreichischen b. G.=B., in den Civilgesetzgebungen der Kantone Bern, Luzern, Aargau und Solothurn ist der Moment, in welchem diese Gegenforderung für den Schuldner an dem Cedenten vorhanden sein müsse, um sie dem Cessionar gegenüber zur Compensation zu bringen, nicht, wie dieses in den zuerst angeführten Gesetzgebungen der Fall, ausdrücklich bezeichnet. Es kann aber im Hinblick auf die Auslegung, welche — soviel uns bekannt — das österreichische, bernische, luzernische und aargauische Civilrecht theils durch competente Autoren, theils durch die Gerichtspraxis gefunden, kein Zweifel darüber walten, daß auch in denselben für das Compensationsrecht des Schuldners als der maßgebende Moment die Denunciation betrachtet werden muß (vergl. Kirchstetter, Commentar zum allgemeinen österreichischen b. G.=B., St. 627; Entscheid des luzernischen Obergerichts vom 21. Juli 1876, Nr. I; Hirzel, Erläuterungen zum aarg. b. G.=B., Bd. III, S. 131., Nr. 3.).

Wenn nun die neuern Gesetzgebungen, wie z. B. das eidg. Obligationenrecht und das b. G.=B. für das Königreich Sachsen, nach welchen unzweifelhaft feststeht, daß die Denunciation kein Aneignungsmittel der cedirten Forderung bildet, dessenungeachtet bestimmen, daß der Schuldner Gegenforderungen, die er am

Cedenten zur Zeit der Denunciation hatte, dem Cessionar gegenüber zur Aufrechnung bringen kann, so läßt sich diese Bestimmung vom Standpunkte der juristischen Consequenz aus nicht rechtfertigen. Unger sagt daher in seiner kritischen Besprechung des revidirten Entwurfes des sächsischen b. G.-B. S. 82, 83 sehr richtig: „Nach dem Recht dieses Entwurfes ist die Benachrichtigung des cessus nur ein Sicherstellungsmittel für den Cessionar, indem der Schuldner dadurch von der geschehenen Cession unterrichtet wird und sich von nun an nicht mehr mit Unkenntniß des Sachververhaltes entschuldigen kann. Da der Forderungsübergang sofort mit dem Akte der Cession erfolgt, so sollte sich der abgetretene Schuldner auf Gegenforderungen, welche er in der Zeit von der Cession bis zur Denunciation gegen den Cedenten erworben hat, dem cessus gegenüber nicht berufen dürfen, da zu dieser Zeit die Forderung aus dem Vermögen des Cedenten bereits ausgeschieden war." Der Vorwurf, welchen dieser Autor gegen den sächsichen Gesetzesentwurf in der angeführten Weise erhebt, kann daher mit Fug und Recht der neuern Gesetzgebung überhaupt, namentlich auch dem eidgenössischen Obligationenrecht entgegengehalten werden.

Als Ergebniß der bisherigen Untersuchung resultirt daher Folgendes: die Bestimmung, daß der Schuldner alle Gegenforderungen aus der Person des Cedenten, welche für ihn bis zum Momente der Denunciation entstanden, dem Cessionar gegenüber geltend machen kann, ist im Hinblick auf die gemeinrechtliche Doktrin als die herrschende zu bezeichnen. Diese herrschende gemeinrechtliche Doktrin ist aber auch überall sowohl in der Gerichtspraxis als in der partikulären Gesetzgebung zur allgemeinen Anerkennung gekommen. Hieraus folgt dann aber weiter, daß unsere Bestimmung im heutigen praktischen Rechte die Frage, ob die Denunciation ein Aneignungs- oder Sicherungsmittel enthalte, auf mittelbare Weise im erstern Sinne gelöst hat.

ad. 3 Der Entscheid darüber, ob, wenn der Cedent nach der ersten Cession die gleiche Forderung wieder abgetreten hat, der erste Cessionar oder der erste Denunciant unter der Voraussetzung, daß weder an den einten noch an den andern Zahlung

erfolgt, vorgehe, ist für die mittelbare Lösung unserer gestellten Frage von besonderer Bedeutung.

Die Anschauung, daß in einem solchen Falle der ersten Denunciation die Priorität gebühre, ist unvereinbar mit der Theorie, nach welcher schon durch den bloßen Cessions- im Gegensatze zum Denunciationsakte der Cessionar mit Ausschluß des Cedenten an die Stelle des letztern als Gläubiger tritt. Denn wenn schon mit dem Akte der Cession als solchem das Forderungsrecht vollständig auf den Cessionar übergeht, so erscheint der Cedent nachher nicht mehr als Gläubiger und darf dann nach dem Rechtssatze: „Niemand kann mehr Rechte auf einen Andern übertragen, als er selbst hat", die Forderung, die er dem Cessionar übertragen, nicht zum zweiten Male, resp. an keinen andern mehr cediren. Diese rechtliche Unmöglichkeit der nochmaligen Cession führt dann aber zur Annahme, daß der sogenannte zweite Cessionar absolut keine Berechtigung an der cedirten Forderung dem Schuldner gegenüber erwirbt, so daß wenn auch faktisch zwei Cessionare vorhanden sind, doch juristisch nur der erste, und zwar als der allein Berechtigte in Betracht kommt.

Dagegen läßt die Theorie, nach welcher die cedirte Forde- derung für den Cessionar erst mit dem Denunciationsakte erworben wird, so daß vor demselben der Cessionar weder als Alleingläubiger noch als Mitgläubiger erscheint, wenn eine getrennte Cession derselben Forderung an verschiedene Personen stattgefunden, keine andere Folgerung zu, als die, daß der erste Denunciant vorgehe, denn nach dieser Theorie ist die Denunciation der alleinige prinzipielle Moment, welcher sowohl für die ursprünglichen Kontrahenten — Cedent und Cessionar — als auch für den zweiten Cessionar dem debitor cessus gegenüber von durchgreifender Bedeutung ist. Windscheid, der in seiner Aktio des römischen Civilrechtes, S. 191, die Theorie, welche der Benachrichtigung diese durchgreifende Bedeutung verleiht, als die richtige anerkennt, zieht aus dieser Doktrin daher auch die richtige Schlußfolgerung, wenn er sagt: „Der eine oder der andere Uebertragungsakt ist in diesem Falle (doppelte Cession) imperfekt;

damit er perfekt werde, muß von Seiten der Empfänger etwas hinzugethan werden; wer von beiden es hinzuthut, hat das Recht erworben."

Ebenso muß bei der Annahme der Theorie, nach welcher die Denunciation nur die Bedeutung hat, daß der Cedent als Gläubiger präkludirt wird, so daß vor diesem Akte der Denunciation der Cedent neben dem Cessionar noch als Gläubiger betrachtet werden muß, die Anschauung als die richtige erscheinen, welche dem ersten Denuncianten den Vorzug gewährt. Diese Anschauung ist aber freilich nicht ohne Anfechtung geblieben (vergleiche Windscheid, Lehrbuch der Pandekten, 4. Auflage, II. Band, S. 331; Mühlenbruch, Lehre der Cession, 3. Auflage, S. 501). So ist z. B. Windscheid, der im Gegensatze zu seiner früher ausgesprochenen Meinung in der Aktio des römischen Civilrechtes in seinem Lehrbuche des Pandektenrechtes, Band II, 4. Auflage, citato loco, die Ansicht acceptirt hat, daß schon vor der Denunciation der Cessionar, wenn auch nicht Alleingläubiger, doch immerhin Mitgläubiger werde, auch bezüglich der Frage, ob bei einer zweimaligen Cession derselben Forderung der erste Cessionar oder der erste Denunciant vorgehe, zu einer andern, nämlich zu der Schlußfolgerung gekommen, daß dem ersten Cessionar der Vorzug eingeräumt werden müsse. Wir können nun dieser Schlußfolgerung nicht beipflichten. Der Rechtssatz: „Niemand kann mehr Rechte auf einen Andern übertragen als er selbst hat", auf welchen gestützt Mühlenbruch und Windscheid (in dessen Pandektenlehrbuche) den Vorzug des ersten Cessionars zu begründen versuchen, kann nach unserer Meinung für vorliegende Frage ein ausschlaggebender Faktor nur unter der Voraussetzung sein, daß feststeht, daß der Cedent nach der ersten Cession die Forderung nicht mehr rechtsgültig übertragen kann. Diese Voraussetzung ist aber nur gegeben, wenn derselbe (Cedent) schon durch den bloßen Cessionsakt seine Eigenschaft als Gläubiger verliert, ist aber nicht vorhanden nach der Doktrin, welche Windscheid in seinem Lehrbuche der Pandekten über die Bedeutung der Denunciation aufstellt. Es ist zwar allerdings richtig, daß auch nach dieser Doktrin der Abtreter nach dem Cessionsakte dem Cessionar in der

Ausübung der Forderungsrechte nicht hinderlich sein darf. Denn diese angegebene Verpflichtung des Cedenten ist nicht nur begründet, insofern als man nach dem Cessionsakte den Cessionar schon als Alleingläubiger hinstellt, sondern läßt sich ebenso gut rechtfertigen, wenn man in diesem Momente den Cessionar als Mitgläubiger betrachtet, resp. läßt sich eben im Interesse dieser Mitgläubigerschaft des Cessionars rechtfertigen. Ja, ohne diese Beschränkung ist die Theorie, gemäß welcher nach dem Abtretungsakte der Cedent in der Person des Cessionars einen Mitgläubiger erhält, nicht denkbar. Aus dieser Beschränkung allein folgt nun aber noch nicht, daß bei einer allfälligen zweiten Cession der erste Cessionar dem ersten Denuncianten vorgehen soll. Denn wenn auch der Cedent gegen den Cessionar (ersten Cessionar) die Verpflichtung übernommen, denselben bei der Ausübung des cedirten Forderungsrechtes nicht zu hemmen, in Folge dessen der Erstere dem Letzteren gegenüber die Pflicht hat, die Forderung nicht weiter abzutreten, so kömmt dadurch nur eine Verbindlichkeit des Cedenten dem Cessionar, nicht aber das Recht des Cedenten dem Schuldner gegenüber in Frage. Dieses Recht bleibt bei dem Cedenten freilich mit der angegebenen Beschränkung zurück, daß derselbe nach dem Cessionsakte in der Person des Cessionars einen Mitgläubiger erhält, so daß wir, wie im § 3 II. Thl. schon dargethan, in diesem Falle zwischen dem Akte der Cession und der Denunciation den Fall einer aktiven Correalobligation haben. Bei der Annahme eines solchen Rechtsverhältnisses greift aber die juristische Fiktion Platz, daß jeder der mehreren Gläubiger dem Schuldner gegenüber in der Stellung sich befindet, wie wenn er der einzige Gläubiger wäre. Hieraus folgt aber des Weitern, daß der Cedent nach dem Cessionsakte immer noch das Forderungsrecht dem Schuldner gegenüber ausüben kann, wenn er auch durch diese Ausübung dem Cessionar gegenüber verantwortlich wird. Diese Ausübung beschränkt sich aber nicht nur auf die Empfangnahme der Zahlung, sondern besteht auch noch in andern Verfügungen über die Forderung, namentlich in der Veräußerung derselben. Fritz sagt daher ganz richtig: „Bei der aktiven Correalstipulation versteht es sich vor Allem von selbst, daß einer der Correalgläubiger seine

Forderung und *seine* Klagen ohne die Zustimmung seiner Mitgläubiger als solcher gültig und wirksam cediren kann". (Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, 19. Band, Seite 63, § 16.) Wollte man dem Cedenten dieses Veräußerungsrecht zwischen dem Cessions- und Denunciationsakte absprechen, so wäre die Berechtigung, welche in dem angegebenen Zeitpunkt auch Windscheid in seinem Lehrbuch der Pandekten, 4. Auflage, II. Bd., S. 331, n. 8, sowohl dem Cedenten als dem Cessionar als Correalgläubiger beilegt, für den Cedenten sozusagen illusorisch. Aus dem bisher Gesagten ergibt sich daher, daß durch den Cessionsakt als solchen zwar eine Verbindlichkeit des Cedenten dem Cessionar gegenüber statuirt wird, die Forderung nicht weiter abzutreten. Da nun aber nur Rechte, nicht aber Verbindlichkeiten cessibel sind, so kann der Cedent dem zweiten Cessionar nur seine *Rechte*, nicht aber seine gegen den ersten Cessionar übernommenen Verbindlichkeiten cediren (vergl. betreffend den letzten Satz auch Musset, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Band 12, S. 363, und Knorr, Archiv für civilist. Praxis, Band 42, S. 330.)

Wenn man des Weitern sagt (vergleiche Windscheid und Mühlenbruch, citato loco), daß der Cedent nach der ersten Cession nicht die Befugniß habe, den Cessionar durch Anzeige an den debitor cessus auszuschließen, so ist zwar diese Behauptung allerdings richtig, *nicht* richtig ist aber die Schlußfolgerung, die man aus dieser Behauptung für den Vorzug des ersten Cessionars zieht. Diese Schlußfolgerung könnte auf Richtigkeit nur dann Anspruch machen, wenn das Denunciationsrecht auf einer Uebertragung des Cedenten beruhen würde. Diese Voraussetzung greift aber nicht Platz, indem — was schon Musset (Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Band 12, S. 358) mit Recht betonte — das Denunciationsrecht mit allen seinen Wirkungen nicht auf einem Uebergange vom Cedenten auf den Cessionar beruht, sondern erst in Folge der Cession entsteht. Ist dies aber richtig, so kann ein Vorzug des ersten vor dem zweiten Cessionar nicht aus der Uebertragung des Denunciationsrechtes auf den ersten Cessionar hergeleitet werden. (Vergl. auch Schäfer, Archiv für praktische Rechtswissenschaft, Band III, S. 417, Anm. 15.)

Ausübung der Forderungsrechte nicht hinderlich sein darf. Denn diese angegebene Verpflichtung des Cedenten ist nicht nur begründet, insofern als man nach dem Cessionsakte den Cessionar schon als Alleingläubiger hinstellt, sondern läßt sich ebenso gut rechtfertigen, wenn man in diesem Momente den Cessionar als Mitgläubiger betrachtet, resp. läßt sich eben im Interesse dieser Mitgläubigerschaft des Cessionars rechtfertigen. Ja, ohne diese Beschränkung ist die Theorie, gemäß welcher nach dem Abtretungsakte der Cedent in der Person des Cessionars einen Mitgläubiger erhält, nicht denkbar. Aus dieser Beschränkung allein folgt nun aber noch nicht, daß bei einer allfälligen zweiten Cession der erste Cessionar dem ersten Denuncianten vorgehen soll. Denn wenn auch der Cedent gegen den Cessionar (ersten Cessionar) die Verpflichtung übernommen, denselben bei der Ausübung des cedirten Forderungsrechtes nicht zu hemmen, in Folge dessen der Erstere dem Letzteren gegenüber die Pflicht hat, die Forderung nicht weiter abzutreten, so kömmt dadurch nur eine Verbindlichkeit des Cedenten dem Cessionar, nicht aber das Recht des Cedenten dem Schuldner gegenüber in Frage. Dieses Recht bleibt bei dem Cedenten freilich mit der angegebenen Beschränkung zurück, daß derselbe nach dem Cessionsakte in der Person des Cessionars einen Mitgläubiger erhält, so daß wir, wie im § 3 II. Thl. schon dargethan, in diesem Falle zwischen dem Akte der Cession und der Denunciation den Fall einer aktiven Correalobligation haben. Bei der Annahme eines solchen Rechtsverhältnisses greift aber die juristische Fiktion Platz, daß jeder der mehreren Gläubiger dem Schuldner gegenüber in der Stellung sich befindet, wie wenn er der einzige Gläubiger wäre. Hieraus folgt aber des Weitern, daß der Cedent nach dem Cessionsakte immer noch das Forderungsrecht dem Schuldner gegenüber ausüben kann, wenn er auch durch diese Ausübung dem Cessionar gegenüber verantwortlich wird. Diese Ausübung beschränkt sich aber nicht nur auf die Empfangnahme der Zahlung, sondern besteht auch noch in andern Verfügungen über die Forderung, namentlich in der Veräußerung derselben. Fritz sagt daher ganz richtig: „Bei der aktiven Correalstipulation versteht es sich vor Allem von selbst, daß einer der Correalgläubiger seine

Forderung und seine Klagen ohne die Zustimmung seiner Mitgläubiger als solcher gültig und wirksam cediren kann". (Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, 19. Band, Seite 63, § 16.) Wollte man dem Cedenten dieses Veräußerungsrecht zwischen dem Cessions- und Denunciationsakte absprechen, so wäre die Berechtigung, welche in dem angegebenen Zeitpunkt auch Windscheid in seinem Lehrbuch der Pandekten, 4. Auflage, II. Bd., S. 331, n. 8, sowohl dem Cedenten als dem Cessionar als Correalgläubiger beilegt, für den Cedenten sozusagen illusorisch. Aus dem bisher Gesagten ergibt sich daher, daß durch den Cessionsakt als solchen zwar eine Verbindlichkeit des Cedenten dem Cessionar gegenüber statuirt wird, die Forderung nicht weiter abzutreten. Da nun aber nur Rechte, nicht aber Verbindlichkeiten cessibel sind, so kann der Cedent dem zweiten Cessionar nur seine Rechte, nicht aber seine gegen den ersten Cessionar übernommenen Verbindlichkeiten cediren (vergl. betreffend den letzten Satz auch Musset, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Band 12, S. 363, und Knorr, Archiv für civilist. Praxis, Band 42, S. 330.)

Wenn man des Weitern sagt (vergleiche Windscheid und Mühlenbruch, citato loco), daß der Cedent nach der ersten Cession nicht die Befugniß habe, den Cessionar durch Anzeige an den debitor cessus auszuschließen, so ist zwar diese Behauptung allerdings richtig, nicht richtig ist aber die Schlußfolgerung, die man aus dieser Behauptung für den Vorzug des ersten Cessionars zieht. Diese Schlußfolgerung könnte auf Richtigkeit nur dann Anspruch machen, wenn das Denunciationsrecht auf einer Uebertragung des Cedenten beruhen würde. Diese Voraussetzung greift aber nicht Platz, indem — was schon Musset (Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Band 12, S. 358) mit Recht betonte — das Denunciationsrecht mit allen seinen Wirkungen nicht auf einem Uebergange vom Cedenten auf den Cessionar beruht, sondern erst in Folge der Cession entsteht. Ist dies aber richtig, so kann ein Vorzug des ersten vor dem zweiten Cessionar nicht aus der Uebertragung des Denunciationsrechtes auf den ersten Cessionar hergeleitet werden. (Vergl. auch Schäfer, Archiv für praktische Rechtswissenschaft, Band III, S. 417, Anm. 15.)

Nach der Theorie, gemäß welcher der Cedent vor der Bekanntmachung noch als Gläubiger angesehen wird, ist daher die rechtliche Möglichkeit gegeben, daß vor diesem Momente die cedirte Forderung immer noch auf einen Andern übertragen werden kann, insoweit nicht positive Gesetzesstellen ausdrücklich diese Uebertragung ausschließen, was, wie wir unten noch darthun werden, im Hinblick auf die römischen Rechtsquellen nach unserer Meinung nicht der Fall ist. Ist dies aber richtig, so rechtfertigt sich die weitere Folgerung, daß der erste und zweite Cessionar einstweilen dem Schuldner gegenüber gleichberechtigt sind, welche Gleichberechtigung unter Andern zu Gunsten desjenigen, der zuerst dem Schuldner denuncirt, in eine Alleinberechtigung sich umwandelt. Denn die Collision von Rechten, welche die gleiche juristische Kraft besitzen, kann nicht in Hinsicht auf den Rechtssatz «prior tempore potior jure» ihre Lösung finden. Die Anwendung dieses Rechtssatzes ist nämlich an das Erforderniß gebunden, daß das eine Recht dem andern vorgehe, resp. daß das ältere Recht auch das stärkere sei. Unger weist daher mit Recht diesem Rechtssatze prior tempore etc. seinen Platz nnter jenen Fällen an, wo zum Vorneherein ausgemittelt, daß das eine Recht das stärkere ist (vide System, 3. Auflage, I. Bd., S. 627). Ist dieses aber nicht ermittelt, resp. genießt keines der collidirenden Rechte zum Vorneherein die Priorität, so ist eine Lösung dieser Collision einzig in Hinsicht auf den Grundsatz «melior est conditio accipientis, occupantis, possidentis» gegeben. Unter der Voraussetzung nun, daß durch die Denunciation der Cedent präkludirt wird, muß derselben daher eine Bedeutung verliehen werden, die einem Occupations- oder Besitzesakte wenigstens gleichkommt. Wenn nun einige Schriftsteller bei einer solchen Collision den Grundsatz melior est conditio etc. nur in Hinsicht auf das accipere, nicht aber auch bezüglich des occupare zur Anwendung bringen wollen, so negiren sie dadurch die Gleichberechtigung der mehreren Cessionare vor dem Denunciationsakte. Diese Negation führt dann aber folgerichtig zu der Theorie, nach welcher nicht mit der Denunciation, sondern schon vor derselben

durch den Cessionsakt der Cedent bezüglich der abgetretenen Forderung ausgeschlossen wird.

Als Resultat der bisherigen Ausführungen ergibt sich daher Folgendes: Ist bei einer doppelten Cession derselben Forderung unter der Voraussetzung, daß weder an den ersten noch an den zweiten Cessionar Zahlung erfolgte, durch die Gesetzgebung und Gerichtspraxis ausdrücklich festgestellt, daß dem ersten Denuncianten der Vorrang gebühre, so kann die Denunciation nur die Bedeutung eines Aneignungsmittels haben, sei es, daß durch die Denunciation der Cessionar dem Schuldner gegenüber die Forderung erst erwirbt, oder sei es, daß durch dieselbe der Cessionar die schon durch den Cessionsakt erworbene Forderung als Alleingläubiger, resp. mit Ausschluß des Cedenten erhält. Prävalirt aber nach der Gesetzgebung und der Gerichtspraxis bei der angegebenen Collision zweier Cessionare nicht die erste Denunciation, sondern die erste Cession, so kann der Denunciation nur die Bedeutung eines Sicherungsmittels zuerkannt werden, indem in diesem Falle die Forderung schon mit dem Cessionsakte vollständig, resp. mit Ausschluß des Cedenten, erworben ist.

Wenn wir nun einen Untersuch darüber anstellen, wie diese Collision im heutigen praktischen Rechte ihre Lösung gefunden, so gelangen wir zu nachfolgendem Ergebnisse:

a) Nach gemeinem Rechte, wie es sowohl in der Theorie als in der Gerichtspraxis zur Geltung gekommen, ist die Frage, ob der erste Cessionar oder der erste Denunciant, wenn keinem derselben vom debitor cessus Zahlung geleistet würde, vorgehe, sehr kontravers. Was die Theorie betrifft, so können für die einte und andere Meinung die bewährtesten Schriftsteller angeführt werden. Für den Vorzug des ersten Denuncianten haben sich unter den neuern Juristen, außer Mußet und Knorr, welche diesem Gegenstand eigene Abhandlungen gewidmet (vergl. Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. XII, S. 337 und folg. und Archiv für civilist. Praxis, Bd. 42, S. 312) ausgesprochen: Windscheid in der Aktio des römischen Civilrechts, S. 191; Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht, 3. verbesserte Auflage, Bd. II, S. 825; Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen

Civilrechtes, 3. Auflage, herausgegeben von Kunze, Bd. III, S. 155; Koch, die Lehre vom Uebergange des Forderungsrechtes ꝛc., Seite 162; Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht, herausgegeben von Rudolf, 3. Auflage, Band II, S. 121; Ihering, Jahrbücher für Dogmatik, Bd. I, S. 118). Gegen den Vorzug des ersten Denuncianten, resp. für die Priorität des ersten Cessionars, haben sich namentlich erklärt: Schäffer, welcher zwei Aufsätze dieser Frage gewidmet (vergl. Zeitschrift für praktische Rechtswissenschaft, Bd. I, S. 149, Bd. III, S. 403), Bähr (Jahrbücher für Dogmatik, Bd. I, S. 435 und folg.), Windscheid (Lehrbuch der Pandekten, 4. Aufl., Bd. II, S. 265, Nr. 10), Schmid (Grundlehren der Cession, Bd. II, § 31, S. 297 und folg.), Waldeck (Archiv für civilist. Praxis, Bd. 51, S. 243 und folg.), Mühlenbruch (Lehre der Cession, 3. Aufl., S. 502), Vangerow (Lehrbuch der Pandekten, 6. Aufl., Bd. III, § 575, S. 134, Anm. 4), Seuffert jun. im praktischen Pandektenrecht von (A. Seuffert, 4. Auflage, Band II, § 302, Anm. 2, S. 174), Grüschot (Beiträge, Band XI, S. 574) und Förster (Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechtes, 3. Auflage, Bd. I, S. 662).

Auch in der neuern gemeinrechtlichen Gerichtspraxis hat sich diese Controverse erhalten. Für den Vorzug der ersten Denunciation haben sich ausgesprochen: das Ober-Appell.-Gericht in Wiesbaden in zwei Entscheiden, von denen der eine vom 4. Juli 1852 und der andere vom 11. Juli 1854 datirt (vergl. Flach, Entscheidungen des O.-A.-G. in Wiesbaden, Bd. III, S. 145 und Musset, Bd. XII der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Nr. 12, S. 339). Aus Knorr's Abhandlung ergibt sich, daß im Jahre 1848 ein sachbezüglicher Fall auch dem Ober-Appell-Gerichte von Darmstadt vorlag, bei welchem sich sowohl der Referent als auch der Correferent für die Priorität des ersten Denuncianten entschieden haben, ohne daß indessen, da die Parteien sich verglichen, ein Urtheil erfolgte. (Vergl. Archiv für Civil. Praxis, Bd. 42, S. 313.) Dagegen haben sich für den Vorzug des ersten Cessionars erklärt: das O.-A.-G. zu Lübeck in Entscheiden vom 7. Mai und 4. Oktober 1853 (vergl.

Seufferts Archiv, Bd, VII, Nr. 301 und Bd. VIII, Nr. 248), das O.-A.-G. von Rostock, in einem Entscheide vom 19. Mai 1856 (Seufferts Archiv, Bd. XIII, Nr. 246 I), das O.-A.-G. von Stuttgart in einem Urtheil vom Jahr 1859 (Band XIII, Nr. 246 II), das Appellgericht von Celle in einem Entscheide vom 4. Oktober 1870 (Seufferts Archiv, Band 24, Nr. 234), das O.-A.-G. von Dresden in einem Entscheide vom 30. Januar 1863 (Seufferts Archiv, Bd. 17, Nr. 27), das O.-A.-G. von Kassel in einem Entscheide vom Jahr 1850 (vergl. Bähr, Jahrbücher der Dogmatik, Bd. I, S. 439), das O.-A.-G. von Berlin in einem Entscheide vom 22. Oktober 1874 (Seufferts Archiv, Band 31, Nr. 27).

Wir halten nun vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus, wie es aus den römischen Rechtsquellen hervorgegangen, diejenige Anschauung für richtig, welche sich zu Gunsten des Vorzuges des ersten Denuncianten ausspricht. Wir haben bereits gesagt, daß, wenn nicht zum Vorneherein feststehe, daß die Denunciation nur die Bedeutung eines Sicherungsmittels habe, so folge daraus, daß in der Zeit vor dieser Bekanntmachung die cedirte Forderung immerhin noch auf einen Andern übertragen werden könne, insoweit nicht diese weitere Uebertragung durch eine positive Gesetzesstelle ausgeschlossen ist. Die Frage, ob der erste Denunciant oder der erste Cessionar vorgehe, ist daher vorzugsweise davon abhängig, ob im Hinblick auf die römischen Rechtsquellen eine solche Gesetzesstelle existire, die nach dem Cessionsakte den Vorzug des Cessionars in der Weise statuirt, daß der Cedent die schon cedirte Forderung nicht mehr rechtsgültig auf einen Andern übertragen kann. Diese Frage wird von den meisten Vertheidigern des Vorzugsrechtes des ersten Cessionars und zwar mit ausdrücklicher Bezugnahme auf L. 55, Dig. 3,3 bejaht (vergl. z. B. Mühlenbruch S. 501.)

Nach unserm Erachten ist nun aber in der erwähnten Pandektenstelle Nichts enthalten, was die Vertheidiger des Vorzugsrechtes des ersten Cessionars hinein legen wollen, indem daselbst nicht bestimmt wird, daß der Cedent nach dem Cessionsakte in Konkurrenz mit dem Cessionar bezüglich der Erhebung der Forde-

rung nachstehen müsse. In der fraglichen L. 55 Dig. 3,3 ist nämlich nur ausgesprochen, daß, wenn ein procurator in rem suam bestellt, der dominus des Prokurators, resp. der Vollmachtgeber, bezüglich Erhebung des Streites und der Empfangnahme des Geldes dem procurator in rem suam nicht vorzuziehen sei. Dieser Passus findet nach unserer Anschauung seine richtige Auslegung darin, daß nach der Bestellung des procurator in rem suam derselbe (Cessionar) wie der Vollmachtgeber (Cedent) den Schulder gerichtlich belangen und vom Letztern Zahlung in Empfang nehmen darf, so daß von einem Vorzuge des Einen oder Andern nicht die Rede sein kann. Die entgegengesetzte Annahme, resp. die Annahme, daß der Vollmachtgeber dem procurator in rem suam nachstehen müsse, wäre nur unter der Voraussetzung denkbar, daß unserer Stelle, wie wir im § 3 II. Thl. schon namentlich mit Berufung auf Musset ausgeführt, d r Entscheid eines Kollisionsfalles in der Weise zu Grunde liegen würde, daß der Cessionar gegen den debitor cessus klagt, nachdem der Cedent gegen denselben klagend bereits schon aufgetreten war, oder wo beide, Cedent und Cessionar, gleichzeitig Klage erhoben haben. Diese Voraussetzung ist nun aus Gründen, die wir ebenfalls oben entwickelten, in unserer Stelle nicht gegeben. Als Ergänzung dieser Ausführungen, die wir hier, um Wiederholungen zu vermeiden, nicht wiedergeben, fügen wir noch Folgendes bei: Einige Schriftsteller, u. A. Schäfer (Zeitschrift für praktische Rechtswissenschaft, Bd. III, S. 414 und 415) und Albert Schmid (Grundlehren der Cession, Bd. II, S. 259), glauben, in der L. 55, Dig. 3,3 den angegebenen Vorzug des Cessionars vor dem Cedenten hauptsächlich aus dem Grunde zu finden, weil daselbst auf die dem procurator in rem suam zustehende actio utilis hingewiesen wird. Nach unserer Ansicht kann aber aus der bloßen Thatsache, daß in der L. 55 dem Cessionar die actio utilis eingeräumt, wenn er (Cessionar) von derselben vor der Anstellung der actio directa des Cedenten keinen Gebrauch gemacht, nicht gefolgert werden, daß dem Cessionar der angegebene Vorzug gebühre, indem durch eine solche Schlußfolgerung die Bedeutung der actio utilis vollständig verkannt wird. Vor

Einführung dieser actio utilis, resp. in der Zeit, wo der Cessionar nur als procurator nominis, nicht aber suo nomine auftreten konnte, wo also die Cession nur in den beengenden Formen des Mandates sich bewegte, war die Stellung des Cessionars eine so prekäre, daß vor der litis contestatio durch den Tod des Cedenten oder Cessionars und durch den Widerruf des erstern die Cession vollständig erlöschen konnte. Durch die actio utilis, welche später dem Cessionar gewährt wurde, sollte namentlich dieser Gefährde, welche durch die Erlöschung des Mandates für den Cessionar erfolgte, vorgebeugt werden. Nun ist freilich richtig, daß ein Versuch des Cedenten, die Klage zu erheben oder die Forderung sonstwie einzutreiben, als ein stillschweigender Widerruf des dem Cessionar ertheilten Klageauftrages angesehen werden kann. Wäre nun der letztere mittelbare Eingriff des Cedenten durch die bloße Thatsache der actio utilis, welche dem Cessionar verliehen, schon ausgeschlossen, so könnte allerdings dann von einem Vorzuge des Cessionars dem Cedenten gegenüber gesprochen werden. Ein solcher Ausschluß ist aber nicht begründet, indem durch die Einführung der actio utilis nur bezüglich des erstern, resp. des unmittelbaren Eingriffes des Cedenten, nicht aber hinsichtlich der mittelbaren Einwirkung desselben ein Schutzmittel für den Cessionar geschaffen wurde. Denn nach der L. 3, cod. 8,42, bei welcher die actio utilis unzweifelhaft vorausgesetzt wird, kann diese mittelbare Einwirkung des Cedenten außer durch die litis contestatio nur durch die denunciatio und Abschlagszahlung beseitigt werden, weil nach dem klaren Wortlaute dieser Stelle der Cedent bis zum Eintritte der drei angeführten Faktoren nicht gehindert ist, seine Forderung gegenüber dem Schuldner geltend zu machen.

Da nun die L. 55, Dig. 3,3 durch die actio utilis, welche hier ausdrücklich dem procurator in rem suam gegeben, ebenfalls dem entwickelten Cessionsbegriff angehört, in der daher die Denunciation, wenn sie auch nicht ausdrücklich genannt, doch unzweifelhaft hier vorausgesetzt werden muß, so ist nach unserm Erachten kein rationeller Grund erfindlich, diesen äußern Kriterien des entwickelten Cessionsbegriffes, resp. der actio utilis und der Denun-

ciation, in unserer Stelle eine andere juristische Bedeutung, als sie in der L. 3 cod. 8,42 erhalten, zu verleihen. Es resultirt daher, daß auch mit Bezugnahme auf die actio utilis in der L. 55, Dig. 3,3 in der Zeit vor der Denunciation auf keine bevorzugte Stellung des Cessionars geschlossen werden kann. Ist aber ein Vorzug des Cessionnars in dem angegebenen Momente aus der L. 55, Dig. 3,3 nicht abzuleiten, so kann, wenn dieselbe Forderung zum zweiten Male abgetreten, aus dieser Stelle nicht ein Argument zu Gunsten der Vertheidiger der Vorzugsrechte für den ersten Cessionar entnommen werden. Soviel, was die L. 55, Dig. 3,3 betrifft, auf welche sich vorzugsweise die Vertheidiger der Priorität der ersten Cession berufen.

Die Hauptvertheidiger des Vorzugsrechtes des ersten Denuncianten (Mußet und Knorr) berufen sich namentlich zur Begründung derselben auf die L. 32, Dig. 3,3, die wörtlich lautet: « Pluribus procuratoribus in solidum simul datis occupantis melior conditio erit, ut posterior non sit in eo, quod prior petit, procurator ».

Diese Stelle scheint uns zu diesem Zwecke nur dann angeführt werden zu können, wenn in derselben die Worte « simul datis » dahin ausgelegt werden dürfen, daß darunter das gleichzeitige Bestehen, nicht aber das gleichzeitige Bestelltsein mehrerer Prokuratoren auf das Ganze verstanden wird. Es haben nun Bähr (Jahrbücher für Dogmatik, Bd. I, S. 376) und Knorr (Archiv für civilist. Praxis, Bd. 42, S. 325) angenommen, daß der Ausdruck « simul datis » die letztere Bedeutung, bezw. die Bedeutung des gleichzeitigen Bestehens habe, indem sie nach unserer Meinung mit Recht zur Begründung ihrer Ansicht auf die L. 26, Dig. 19,2 hinweisen, in welcher Stelle das Wort simul unzweifelhaft im angegebenen Sinne gebraucht wird. Nach dieser Auffassung der alleg. L. 32 ist bei Vorhandensein mehrerer Prokuratoren für den Vorzug Dritten, resp. dem Schuldner gegenüber nicht das Alter der Bestellung, sondern der Akt der Prävention, welcher sich hier durch die litis contestatio manifestirt, entscheidend. Mußet sagt nun: „Was bei zwei gewöhnlichen Prokuratoren die frühere petitio wirkt, das

muß bei zwei Cessionarien, der Natur der Sache nach, schon die der Litiscontestation gleichgestellte frühere Denunciation wirken" (vergl. Zeitschrift für Civilrecht and Prozeß, Bd. 12, S. 365).

Wir können nun diesem Ausspruche beipflichten, aber nur mit der Modifikation, daß diese Gleichstellung der Litiscontestation mit der Denunciation nicht im absoluten Sinne von Musset aufgefaßt werde. Denn diese absolute Gleichstellung der Litiscontestation mit der Denunciation beruht auf der unhaltbaren Voraussetzung, daß auch durch die Denunciation eine novatorische Delegation bewirkt werde. Nun besteht allerdings ein gemeinsames Moment, das bei der Litiscontestation wie bei der Denunciation zutrifft, darin, daß beiden der Charakter eines Präventionsaktes zukommt. Dieses Moment ist aber schon ausreichend, um bei Vorhandensein mehrerer Cessionen auf dieselbe Forderung sich zu Gunsten der Priorität des ersten Denuncianten erklären zu können. Es ist zwar richtig, daß die Denunciation in den Rechtsquellen (L. 3, cod. 8,42) nur dem Cedenten gegenüber als ein Präventionsakt, resp. als ein denselben ausschließender Faktor, und zwar ohne Unterscheidung, ob sie vom ältern oder jüngern Cessionar ausgegangen sei, ausdrücklich hervorgehoben ist. Wenn nun aber selbst durch die Bekanntmachung des jüngern Cessionars ein Ausschluß des Abtreters bewirkt wird, so kann folgerichtig auch die Annahme Platz greifen, daß durch die Denunciation des jüngern Cessionars, wie der Cedent, so auch der Rechtsnachfolger desselben, beziehungsweise der erste Cessionar, ausgeschlossen wird. Wir sind mit Musset in dieser Beziehung vollständig einverstanden, wenn er sagt: „Was der Cedent sich gefallen lassen muß, oder Rechte gegen den Cedenten, wirken auch gegen den Cessionar. Daraus folgt nun, daß, da der Cedent durch Litiscontestation, Annahme einer Abschlagszahlung und Denunciation von der Forderung vom Cessionar ausgeschlossen werden kann, auf gleiche Weise auch sein Cessionar von demjenigen ausgeschlossen werden muß, welcher den Cedenten ausgeschlossen hat. Dieses ist aber der Fall bei demjenigen ersten oder zweiten Cessionar, der zuerst dem Cedenten und mit ihm also dessen andern Cessionar durch Benachrichtigung 2c., 2c., aus-

schloß" (vergl. Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 12, Seite 366).

Wenn wir daher die L. 32 dig. 3, 3 in Verbindung mit L. 3 cod. 8. 42 in Betracht ziehen, so gelangen wir zu dem Resultate, daß, wie bei zwei gewöhnlichen Prokuratoren derjenige, der zuerst litem contestirt, vorgeht, so bei zwei Cessionaren dem I. Denunzianten dieser Vorzug dem Schuldner gegenüber gebührt.

b. Wenn wir im Folgenden einen Untersuch darüber anstellen, welche Lösung unsere Frage in der partikulären Gesetzgebung gefunden, so müssen wir zwei Gruppen auseinanderhalten.

In die erste gehören diejenigen partikulären Rechte, welche sich für den Vorzug des ersten Cessionars entscheiden, sei es, daß für die Qualifikation als I. Cessionar die bloß formlose Abtretung, oder sei es, daß für dieselbe die schriftliche Beurkundung der Cession maßgebend ist. Hieher sind zu rechnen: Das b. G.-B. des Königr. Sachsen, der Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse (Dresdener-Entwurf), das Privatrecht des Kts. Zürich, die beiden letzten Entwürfe des schweiz. Obligationsrechtes von 1876 und 1879 und das schweiz. Obligationenrecht.

Im Civilgesetzbuch des Kgr. Sachsen ist zwar nicht ausdrücklich fixirt, daß dem ersten Cessionar bei doppelter Abtretung einer und derselben Forderung der Vorzug gebühre. Im Hinblick auf Art. 968 und 973 des alleg. Gesetzbuches kommt man aber auf dem Wege der Abstraktion unzweifelhaft zu diesem Resultate sowie zu der weitern Annahme, daß, wenn der spätere Cessionar bei Erwerbung der Forderung in mala fide sich befand, er die vom Schuldner empfangene Summe dem ersten Cessionar herausgeben muß. Das sächsische Gesetzbuch zählt nämlich in Art. 968 zu den Wirkungen der Abtretung auch die Verbindlichkeit des Cedenten, die Forderung nicht zum zweiten Male zu cediren. Für den Fall aber, daß eine solche doppelte Abtretung einer und derselben Forderung an Mehrere stattge-

funden, wird nach dem klaren Wortlaute des Art. 973 des angeführten Gesetzes bestimmt,

1. daß der Schuldner durch die Erfüllung an den spätern Cessionar nur befreit wird, wenn er keine Kenntniß von der ersten Abtretung erhalten hat,
2. daß der erste Cessionar auf Herausgabe des vom Schuldner Empfangenen nicht klagen kann, wenn der letztere die Forderung im guten Glauben erworben hat.

Hieraus folgt denn freilich gemäß dem argumentum a contrario der Satz, daß die Klage des I. Cessionars auf diese Herausgabe aus der Hand des II. Cessionars dringen kann, wenn letzterer die Forderung in mala fide erworben hat.

Im Dresdener-Entwurf ist klar und deutlich bestimmt, daß der erste Cessionar vorzugehen habe. Der Art. 330, Abschnitt 1 eodem lautet wörtlich dahin: „Hat ein Gläubiger die nämliche Forderung zu verschiedener Zeit an Mehrere veräußert, so hat Derjenige den Vorzug, an welchen die Forderung zuerst veräußert worden ist." Zudem wird, wie im sächsischen Gesetze, auch im genannten Entwurfe Art. 333 — hier zwar in positiverer Weise als dort — die Frage entschieden, ob, wenn der jüngere Cessionar vor der erfolgten Denunciation des ältern Cessionars Zahlung erhalten hat, der letztere dann von dem erstern die Herausgabe der vom Schuldner empfangenen Summe verlangen könne. Diese Frage wird im gedachten deutschen Entwurfe unter der ausdrücklichen Voraussetzung bejaht, daß der Empfänger zur Zeit der Empfangnahme von der frühern Abtretung eine zuverlässige Kenntniß erhalten habe.

Das zürch. Privatrecht, Art. 1033 sagt: „Hat der Gläubiger eine Forderung an verschiedene Cessionare abgetreten, so geht derjenige vor, dem dieselbe zuerst übertragen worden ist. Hat aber der Schuldner den spätern Cessionar bezahlt, ohne von der ältern Cession Kenntniß zu haben, so ist die Zahlung gültig."

Der Entwurf des eidg. Obligationenrechtes vom Jahr 1876 resp. Art. 160 lautet: „Hat der Gläubiger successiv an verschiedene Cessionare eine und dieselbe Forderung abgetreten, so

geht derjenige vor, dem sie zuerst abgetreten ist. Hat in einem solchen Falle der Schuldner, ohne von der frühern Cession Kenntniß zu haben, dem spätern Cessionar gezahlt, so ist die Zahlung gültig. Es kann jedoch der frühere Cessionar, wenn er nachweist, daß der spätere Cessionar bei Empfang der Zahlung Kenntniß von der zu Rechte bestehenden ältern Cession gehabt habe, den letztern zur Herausgabe der Zahlung anhalten." Diese Bestimmung ist dem Dresdener-Entwurf entnommen.

Der Art. 205 des neuesten Entwurfes des schweizerischen O.-R. vom Jahre 1879 sagt: „Hat der Gläubiger an verschiedene Personen nach einander dieselbe Forderung abgetreten, so geht diejenige vor, an welche sie zuerst nach Maßgabe des Art. 202, Absch. 2 übergegangen ist. Hat in einem solchen Falle der Schuldner, ohne von dem frühern Uebergange Kenntniß zu haben, dem spätern Erwerber gezahlt, so ist die Zahlung gültig."

Der Art. 186 des eidgen. Obligationenrechtes sagt: „Haben mehrfache Abtretungen derselben Forderung stattgefunden, so geht diejenige vor, für welche die ältere schriftliche Beurkundung vorliegt." Mit diesem Art. steht in Beziehung der nachfolgende Art. 187 desselben Gesetzes, wo es heißt: „Wenn der Schuldner, bevor ihm der Abtretende oder der Erwerber die Abtretung angezeigt hat, in gutem Glauben an den frühern Gläubiger oder im Falle mehrfacher Abtretung an einen im Rechte nachgehenden Erwerber Zahlung leistet, so ist er gültig befreit."

Wir begegnen hier sowohl im neuesten Entwurfe vom Jahr 1879, Art. 205, als im Gesetze Art. 186 des eidgen. Obligationenrechts einer Eigenthümlichkeit, die weder im gemeinen Rechte, noch in irgend einer ältern oder neuern Gesetzgebung ein Vorbild hat. Um hier nur vom Gesetze, resp. vom Art. 186 desselben zu sprechen, so wird in demselben, im Falle einer Kollision, die bei einer mehrfachen Cession der nämlichen Forderung entsteht, demjenigen Cessionar der Vorrang eingeräumt, welcher die ältere schriftliche Cessionsurkunde präsentiren kann. Wie eigenthümlich uns dieser Art. 186 auf den ersten Blick erscheint, so richtig ist die Bestimmung, welche hier enthalten ist,

wenigstens insofern, als sie vollständig zu dem System, welches das eidgen. Obligationenrecht bei der Cession über die Stellung des Cedenten und Cessionars dem Schuldner gegenüber aufgenommen hat, paßt. Denn diese Bestimmung des Art. 186 ergibt sich als eine natürliche Konsequenz des Grundsatzes, der in Art. 184 ausgesprochen ist, dahin lautend:

„Die Abtretung ist ohne Form verbindlich.

Damit aber gegenüber dritten Personen, namentlich im Konkurse des Abtretenden, der Uebergang wirksam werde, bedarf es einer schriftlichen Beurkundung.“

Daß unter diesen Dritten, von welchen der Absatz 2 des angeführten Art. 184 spricht, auch der debitor cessus verstanden sei, haben wir bereits schon dargethan (vergl. auch Comm. des schweiz. Obligationenrechtes von Schneider und Fick, S. 15, Nr. 5). Ist aber unter diesen dritten Personen auch der Schuldner inbegriffen, so erscheint nach dem Art. 184 als der prinzipielle Faktor, welcher für die Stellung des Cedenteu und Cessionars dem deb. cess. gegenüber von durchgreifender Bedeutung ist, die schriftliche Beurkundung der Cession, indem nicht bloß die formlose Willenserklärung zwischen dem Cedenten und Cessionar, welche nur eine Verbindlichkeit zwischen den beiden Contrahenten zu begründen vermag, auch nicht der Denunciationsakt, sondern einzig und allein die schriftliche Beurkundung der Cession den Moment bildet, wodurch der Cedent von der cedirten Forderung ausscheidet und an seine Stelle der Cessionar, wie jedem Dritten, so auch dem deb. cess. gegenübertritt. Wenn nun aber der Cedent, wie jedem Dritten, so auch dem Schuldner gegenüber, nach dem bloßen formlosen Cessionsakte noch Gläubiger bleibt und dieses Gläubigerrechtes erst verlustig geht durch die schriftl. Beurkundung der Cession, so kommt man dann konsequenterweise zu der Annahme, daß zwischen dem Momente der formlosen Abtretung der Forderung und der schriftlichen Beurkundung derselben der Cedent, wenn er auch dadurch die Verpflichtungen seinem Contrahenten gegenüber verletzt und in Folge dessen diesem haftbar wird, immer noch rechtsgültig die Forderung weiter cediren kann. Diese rechtliche Möglichkeit der nochmaligen

Cession zwischen dem Akte der formlosen Willenserklärung und der schriftlichen Beurkundung von Seite des Cedenten führt dann folgerichtig zu der weitern Annahme, die in § 186 ausgesprochen ist, resp. daß unter zwei Cessionaren, von denen der eine sich auf die frühere formlose Abtretung, der andere aber auf die ältere Cessionsurkunde sich beruft, der letztere vorgeht.

In die zweite Gruppe fallen diejenigen partikulären Civilgesetzgebungen, welche keine ausdrückliche Bestimmung darüber enthalten, ob der erste Denunciant oder der ältere Cessionar vorgehe. Hieher gehört das österr. allgem. b. G.=B., das preuß. Landrecht, der Entwurf eines b. G.=B. für das Königr. Baiern vom Jahr 1860, das französ. Civilrecht (code Napoléon), das badische Landrecht, die b. G.=B. der Kantone Bern, Luzern, Aargau, Solothurn, Waadt, Neuenburg, Wallis, Tessin und Freiburg, und der I. Entwurf des schweiz. Obl.=R. von 1871.

Was das österreich. Privatrecht betrifft, so hat die Spruchpraxis des obersten österr. Gerichtshofes in neuerer Zeit, soweit sie durch die Sammlungen von Unger und Glaser und durch die allgemeine österreichische Gerichtszeitung von Nowak zu unserer Kenntniß gekommen ist, sich für den Vorzug des ersten Cessionars entschieden (vergl. Entscheide des k. k. obersten Gerichtshofes vom 28. Nov. 1860 in der Sammlung von Unger und Glaser. Bd. 3, S. 240, Nr. 1237). Auch die neuern Commentatoren des österreich. Privatrechtes (z. B. Kirchstetter, S. 604) haben sich in diesem Sinne ausgesprochen. Kirchstetter sagt: „Hat der Cedent dieselbe Forderung an Mehrere abgetreten, so hat derjenige Cessionar den Vorzug, an welchen die Abtretung früher erfolgt ist, und der Schuldner ist, vorausgesetzt, daß ihm dieses bekannt gegeben worden, nur an diesen zu zahlen berechtigt, weil der Cedent nur zur einmaligen Abtretung derselben Forderung ein Recht hat und nachfolgende Cessionen sich als unwirksam herausstellen.“ Diese Annahme, nach welcher der erste Cessionar dem ersten Denuncianten vorzugehen habe, findet aber nach unserem Erachten im österr. Privatrechte keine rechtliche Grundlage. Denn der Satz, welchen Kirchstetter zur Begründung dieser Annahme aufstellt, resp. daß der Cedent nur zur

einmaligen Abtretung der Forderung das Recht hat, so daß in Folge dessen alle nachfolgenden Cessionen unwirksam werden, kann in dieser Allgemeinheit, wie er ausgesprochen ist, im Hinblick auf § 1395 des österreich. b. G.-B. nicht als richtig anerkannt werden. Nach der richtigen Auslegung des alleg. § 1395 ist, wie bereits schon dargethan, der Cedent zur Zeit nach dem Cessions- bis zum Denunciationsakte noch Gläubiger der cedirten Forderung. Ist diese Auslegung aber richtig, so entbehrt die von Kirchstetter behauptete Unwirksamkeit der nochmaligen Cession im angegebenen Momente jedes rechtlichen Anhaltspunktes.

Das preußische Landrecht, welches, wie keine ältere und neuere Civilgesetzgebung, die reichhaltigsten Bestimmungen über die Cession enthält, hat auffallenderweise über die praktisch so wichtige Frage, wie beim Vorhandensein mehrerer Cessionare diese Collision zu lösen sei, auch keine Entscheidung gegeben. Die Schriftsteller, die sich mit der Auslegung des preußischen Landrechtes befassen, — wie z. B. Koch, Förster und Grüschot — haben sich daher bei Lösung dieser Frage an das gemeine Recht, wie es aus den römischen Rechtsquellen sich entwickelte, gehalten. Während Koch (Uebergang des Forderungsrechtes nach Grundsätzen des preußischen Rechtes, S. 161) sich zu Gunsten des ersten Denuncianten, haben Förster (Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechtes, 3. Aufl., I. Band, S. 662) und Grüschot (Beiträge zur Erläuterung des preußischen Privatrechtes, XI. Band, S. 572 und folgende) sich zu Gunsten des ersten Cessionars erklärt. Wenn man aber, wie Grüschot, der zu denjenigen Juristen gehört, welche den Cessionar vor der Denunciation dem Schuldner gegenüber weder als Allein- noch als Mitgläubiger betrachten, dennoch zu dem Resultate kommt, daß der erste Cessionar vorgehe, so ist das vom Standpunkte der juristischen Konsequenz aus nicht zu billigen. Konsequenter sind Koch und Förster gewesen, von denen sich der erste gestützt darauf, daß der Cedent nach dem Abtretungsakte noch Gläubiger geblieben, zu Gunsten der Priorität der ersten Denunciation, Förster hingegen, der nach dem Momente der Cession den Cedenten nicht

mehr als Gläubiger betrachtet, für den Vorrang der ersten Cession ausgesprochen hat.

Nach dem französischen Rechte (code Napoléon) kann, wenn auch unsere Frage eine unmittelbare legislative Lösung nicht gefunden hat, kein Zweifel walten, daß in Hinsicht auf den im Art. 1690 des alleg. Gesetzes ausgesprochenen Grundsatz, daß die cedirte Forderung für den Cessionar dem debitor cessus wie auch Dritten gegenüber erst durch die förmliche Denunciation oder durch Annahme der Cession Seitens des Schuldners erworben wird, der zweite Cessionar bei zwei nacheinander folgenden Cessionen, wenn er vor dem ersten die Denunciation oder Annahme im angegebenen Sinne erwirkt hat, vorgeht. Es ist dieser Vorzug des ersten Denuncianten sowohl durch die Spruchpraxis der französischen Gerichtshöfe als auch durch die bewährtesten Schriftsteller des französischen Rechtes von jeher selbst für den Fall anerkannt worden, wenn dem ältern Cessionar der Titel übergeben worden ist. (Vergl. Zachariä, Handbuch des französischen Civilrechtes, 5. Auflage, herausgegeben von Amschütz, Bd. II, S. 403, Anm. 16, wo auch auf die einschlägige französische Gerichtspraxis hingewiesen wird; Markade und Mourlon, Abriß des französischen Civilrechts, herausgegeben von Adrian Pfaff, I. Bd., Nr. 72, S. 323; Frei, französisches Civilrecht, § 549, Note 5.)

Bezüglich des bern., luzern. und aargau. Privatrechtes ist zu bemerken, daß, wie in den betreffenden Gesetzen selbst, auch in dem bernischen Commentar von Schnell, in den Erläuterungen zum b. G.-B. von K. Pfyffer und im Commentar zum aargauischen b. G.-B. von Hirzel unsere Frage eine Lösung nicht gefunden hat. Dagegen hat Leuenberger in seinen Vorlesungen über bernisches Privatrecht, Bd. II, S. 929, dieselbe und zwar im Sinne der Priorität des ersten Denuncianten gelöst. Leuenberger geht nämlich davon aus, daß nach Satz 981 des bernischen und des Art. 1428 des solothurnischen b. G.-B. ausgesprochen sei, daß wenn dem Schuldner von der Abtretung Kenntniß gegeben, er fortan nur noch an den Cessionar gültig die Zahlung leisten könne; folgerichtig müsse von diesem Augenblicke hinweg dem Cedenten das Recht abgesprochen worden,

die Schuld beizutreiben. „Nach ähnlichen Grundsätzen (fährt unser Autor wörtlich fort) beurtheilt sich auch das Verhältniß mehrerer aufeinanderfolgender Cessionare, sei es, daß der erste Cessionar wieder cedirt, oder daß der Cedent die gleiche Forderung Mehrern cedirt; z. B. A. cedirt die Forderung an B., dieser unterläßt es, den Schuldner zu avertiren. Inzwischen cedirt A. die nämliche Forderung auch an C., der nun die Anzeige erläßt. Der Schuldner wird nur an diesen zweiten Cessionar mit rechtlicher Verbindlichkeit Zahlung leisten können. Ob der zweite Cessionar hiebei bona oder mala fide gehandelt, kann am Rechtsverhältnisse des Schuldners nichts ändern, wohl aber den unredlichen Cessionar unter Umständen zum Schadensersatze verpflichten." — Diese Lösung, welche Leuenberger im Hinblick auf das bernische und solothurnische Privatrecht gegeben, ist auch denkbar an der Hand des luzernischen, aargauischen und neuenburgischen Privatrechtes, da die gleichen Voraussetzungen, auf welche gestützt Leuenberger diesen Collisionsfall entscheidet, auch nach den zuletzt angeführten Civilgesetzgebungen vorhanden sind.

Wir haben bis dahin gezeigt, wie einerseits nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes sowohl in der Theorie als in der Praxis, anderseits aber im partikulären Rechte die Frage, ob bei einer zweifachen Cession der erste Cessionar oder der erste Denunciant vorgehe, sehr kontrovers ist. Wir haben des Weitern versucht darzuthun, daß, wie vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus, so auch in Hinsicht auf das partikuläre Recht, insoweit nicht durch das Letztere ausdrücklich ausgesprochen ist, daß entweder der erste Cessionar vorgehe, oder dann der Cessions- und nicht der Denunciationsakt zur Vollendung der Abtretung auch dem debitor cessus gegenüber genüge, (welch' letztere Anschauung zum gleichen Resultate wie die erstere führt), — die Ansicht, welche sich für den Vorzug des ersten Denuncianten erklärt, die richtige ist. Diese Annahme der Priorität der ersten Denunciation findet aber nicht nur im streng formellen Rechte, sondern auch vom Standpunkt der Aequitas aus ihre vollständige Begründung. Der Zweck der nachfolgenden Ausführung ist, den Nachweis für die letztere Behauptung zu erstellen.



Einer der entschiedensten und scharfsinnigsten Vertheidiger des Vorzuges des ersten Cessionars vom Standpunkte der jus strictum aus, Schäfer, kommt zu dem Ausspruche: „Es kann nicht verkannt werden, daß eine gesetzliche Bestimmung, welche dem denuncirenden Cessionar als solchem den Vorzug auch vor dem ältern Cessionar einräumte, sehr angemessen wäre“ (vergl. Archiv für praktische Rechtswissenschaft, Bd. III, S. 425.) In der That ist auch die Bestimmung der Priorität der ersten Denunciation sehr angemessen, bezw. der Billigkeit sehr entsprechend. Nach unserer Ansicht sind freilich die Kalamitäten, welche Musset für den debitor cessus in Aussicht stellt, wenn nicht die Priorität des ersten Denuncianten, sondern die des ältern Cessionars maßgebend sei, in Hinsicht auf die schützenden Bestimmungen, welche das heutige Recht für den Schuldner geschaffen, nicht zu besorgen. (vide auch Knorr, Arch. f. civ. Praxis, Bd. 42, S. 313, 314, und Bähr, Jahrbücher für Dogmatik, Bd. I, S. 480 u. ff.) Dagegen muß, wenn man dem ersten Cessionar den Vorrang verleiht, eine erschwerende Gefährde für den Forderungsverkehr überhaupt eintreten. Knorr sagt daher cit. loco mit Recht: „Im Falle, wo dem ersten Cessionar dieser Vorzug eingeräumt wird, kann kein Cessionar sicher darüber sein, ob die Cession an ihn mit Wirksamkeit geschehen ist. Hiervon vermag ihn auch eine vorher bei dem abzutretenden Schuldner eingezogene Erkundigung nicht vollständig zu unterrichten, denn leicht möglich kann es sein, daß, ohne Vorwissen seines Schuldners, der Cedent früher seine Forderung an ihn, einem Andern abgetreten und sich sogar selbst z. B. durch Auswanderung den Regreßansprüchen seines jüngsten Cessionars zu entziehen gewußt hat.“

Wir glauben aber, außerdem, was Knorr im Vorstehenden im Interesse des Verkehres im Allgemeinen anführt, des Weitern noch auf einen speziellen Umstand, der mittelbar ebenfalls den Forderungsverkehr, unmittelbar aber den gutgläubigen zweiten Cessionar berührt, aufmerksam zu machen, welcher entschieden gegen den Vorzug des ersten Cessionars spricht. Dieser Umstand besteht darin, daß bei Annahme der Priorität der ersten Cession der jüngere Cessionar, der im guten Glauben die Forde-

rung erworben, das, was er vom Schuldner erhalten, dem ältern Cessionar herausgeben muß. Denn die Annahme der Priorität der ersten Cession im Gegensatze zur ersten Denunciation ist, wie einläßlich dargethan, eine natürliche Konsequenz der Theorie, daß der Cessionar schon mit dem Cessionsakte die Forderung vollständig dem debitor cessus gegenüber erwirbt. Da nun aber gemäß dieser Theorie der Cedent nach dem Cessionsakte nicht mehr als Gläubiger erscheint, so kann auch der zweite Cessionar, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er beim Erwerb der Forderung in bona oder in mala fide sich befand, auch keine Berechtigung mehr an der cedirten Forderung dem Schuldner gegenüber erwerben. Wenn daher der gutgläubige zweite Cessionar diese Forderung, welche nicht ihm, sondern dem ersten Cessionar gehört, vom Schuldner einkassirt, so erhält der erstere dadurch einen Betrag, von dem er irriger Weise annimmt, es sei der seinige, obwohl er in Wirklichkeit dem ersten Cessionar gehört. Ist dieses aber der Fall, so sind die Voraussetzungen der actio negotiorum gestorum directa zu Gunsten des C. I, gegen den C. II auf Erstattung des vom Schuldner enthobenen Betrages gegeben (vergl. auch Seuffert, praktisches Pandektenrecht, herausgegeben von E. A. Seuffert, 4. Auflage, II. Band, S. 174, Anm. 2; Bähr, Jahrbücher für Dogmatik, Bd. I, S. 441). Bähr nimmt zwar die Haftbarkeit des gutgläubigen zweiten Cessionars dem ersten gegenüber nach den Grundsätzen der negotiorum gestio nicht ohne Zweifel an. Dieser Autor sagt nämlich: „Zweifelhafter als der Fall, wo der zweite Cessionar in mala fide sich befindet, ist derjenige, wo C. II im guten Glauben die Forderung einnahm; es hängt diese Frage von der Ausdehnung ab, welche man der actio negotiorum gest. directa auf dem Gebiet subjektiv eigener, objektiv fremder Geschäfte zugesteht; eine Ausdehnung, welche bekanntlich bestritten ist. Ich glaube jedoch für den vorliegenden Fall eine Haftbarkeit des zweiten Cessionars nach L. 49 D. de negot. gest. (3,5) annehmen zu dürfen und so begründet die actio neg. gest. directa den Gesichtspunkt, aus welchem C. I die Erstattung des von C. II Eingenommenen verlangen kann."

Nach unserm Erachten ist aber dieser Zweifel im Hinblick auf den klaren Wortlaut der auch von Bähr angeführten L. ult. D. de negot. gest. (3,5) kein begründeter. Denn für diese Stelle bezw. den ersten Satz derselben kann keine andere Auslegung gefunden werden als die, daß die actio neg. gest. directa auch gegen denjenigen begründet ist, welcher ein fremdes Geschäft führt, das er für das seinige hält. Es hat auch, soweit uns bekannt, der erste Satz dieser Stelle nie eine andere Auslegung erfahren. (Vergl. Ruhstrat, Archiv für civil. Praxis, Bd. 34, S. 77; Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 6. Auflage, III. Bd., § 64, S. 520, Anm. 2; Seuffert, prakt. Pandektenrecht, herausgegeben von E. A. Seuffert, 4. Aufl., II. Bd., S. 262, Nr. 7.) Wenn nun aber einmal feststeht, daß gegen denjenigen, der fremde Geschäfte in irriger Meinung als die seinigen führte, die actio neg. gest. dir. vom Geschäftsherrn angestellt werden kann, so ist dann kein Grund erfindlich, diese Klage dem ersten Cessionar gegen den zweiten, der in bona fide den Betrag der cedirten Forderung einkassirte, auf Herausgabe dieses Bezogenen zu verweigern. Bei dieser Sachlage muß nun aber der zweite Cessionar, wenn der Cedent als eine insolvente Persönlichkeit sich herausstellt, was in der Regel bei diesen doppelten Abtretungen der Fall sein wird, in eine sehr schlimme Lage gerathen, aus welcher er sich durch keine Mittel befreien kann. Diese schlechte Situation wird aber für den gutgläubigen C. II nicht geschaffen, wenn die Gesetze der ersten Denunciation den Vorzug einräumen. Denn im letztern Falle, wo der Cedent bis zur Denunciation noch Gläubiger bleibt, kann von der actio neg. gest. dir. oder einer andern Ersatzklage für den ersten Cessionar dem gutgläubigen jüngern Cessionar gegenüber nicht die Rede sein. Dadurch ist aber dann für den ersten Cessionar die Aussicht allerdings eröffnet, daß er ebenfalls in die schlimme Lage versetzt wird, sich nur an seinem treulosen Cedenten halten zu müssen. Wenn nun auch scheinbar der erste Cessionar bei der Annahme des Vorzuges der ersten Denunciation in der gleichen schlimmen Stellung sich befindet wie der zweite gutgläubige Cessionar, unter der Voraussetzung, daß der ersten Cession die Priorität gebührt, so ist dieses

doch in Wirklichkeit nicht der Fall, und zwar darum nicht, weil dem C. I in der Denunciation immer ein Mittel zu Gebote steht, mit welchem er diese mißliche Lage von sich abwenden kann. Denn es steht demselben weder ein rechtliches noch in der Regel ein faktisches Hinderniß entgegen, durch die Denunciation gleich nach dem Cessionsakte jede Einwirkung des Cedenten sowohl als eines allfälligen zweiten Cessionars auf die cedirte Forderung zu verunmöglichen. Wenn daher der erste Cessionar versäumt, dem Schuldner alsbald von der erfolgten Abtretung Kenntniß zu geben, so hat er dann alle Nachtheile, welche aus dieser Saumseligkeit entstehen, sich selbst zuzuschreiben (vide betreff des letzten Satzes auch Knorr, cit. loco.) Für den gutgläubigen C. II ist bei der Annahme der Priorität der ersten Cession dagegen weder in der Denunciation noch sonstwie ein Mittel geschaffen, ihn aus der erwähnten schlimmen Lage zu befreien. Eine Theorie aber, die wie diejenige, welche sich für die Priorität der ersten Cession ausspricht, einerseits zu solchen schlimmen Consequenzen für den gutgläubigen C. II führt, anderseits aber eine Begünstigung der Saumseligkeit des C. I enthält, kann gewiß vom Standpunkte der Billigkeit aus nicht beanspruchen, daß sie eine gesetzliche Sanktion erhalte.

Es haben daher einige neuere Gesetzgebungen und Entwürfe, z. B. das sächsische b. G.-B., der sogenannte Dresdener-Entwurf und der Entwurf des schweizerischen Obligationenrechts vom Jahr 1876, der Billigkeit insofern Rechnung getragen, daß der C. I gegen den C. II eine Klage auf Erstattung des beim debitor cessus Erhobenen nur zuläßig erklären, wenn der C. II in mala fide sich befunden. Wie sehr diese Einschränkung im Interesse des materiellen Rechtes ihre Begründung findet, so ist im Hinblick auf die genannten Gesetzgebungen und Entwürfe doch nicht zu verkennen, daß diese Conzession an die Billigkeit auf Kosten der juristischen Consequenz geschieht. Denn im sächsischen b. G.-B. sowohl als in den beiden genannten Entwürfen ist einerseits ausdrücklich bestimmt, daß dem C. I der Vorzug gebühre, anderseits der actio negot. gest. directa eine Ausdehnung verliehen, welche sich auf vermeintlich eigene, objektiv aber fremde Geschäfte bezieht. (Art. 1371 des sächsischen b. G.-B.; Art.

337 des Dresdener-Entwurfes und Art. 479 des Entwurfes des schw. O.-R. vom Jahr 1876.) Hieraus folgt aber mit unabweislicher Nothwendigkeit, daß dem C. I gegen den C. II und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Letztere in bona oder in mala fide die cedirte Forderung erworben, diese Klage auf Herausgabe des Bezogenen zusteht (vergl. auch Unger, kritische Beleuchtung des Entwurfes eines b. G.-B. für das Königreich Sachsen, S. 83 und 84.) Der Tadel, welcher die genannten Gesetzgebungen und Entwürfe offenbar in der Richtung treffen muß, daß sie die juristische Inconsequenz mit der Billigkeit zu entschuldigen suchen, würde sein Objekt vollständig verlieren, wenn in denselben statt dem C. I dem ersten Denuncianten der Vorzug eingeräumt würde. Denn alsdann würde der Ausschluß der betreffenden Klage gegen den gutgläubigen C. II nicht als eine juristische Inconsequenz, die man mit der Billigkeit zu entschuldigen braucht, sondern geradezu als eine natürliche Folge der Priorität der ersten Denunciation erscheinen.

Wenn wir bezüglich dieses Punktes noch einen Blick auf das eidgenössische Obligationenrecht werfen, so ergibt sich, daß in demselben nicht ausdrücklich bestimmt ist, ob C. I gegen C. II klagend auftreten und Erstattung des vom Beklagten beim debitor cessus enthobenen Betrages verlangen kann. Nach unserm Erachten muß aber nach diesem Gesetze angenommen werden, daß der C. I, als welcher derjenige erscheint, der die ältere schriftliche Beurkundung aufzuweisen hat, gegen den C. II, der sich auf einen Cessionsschein spätern Datums berufen kann, Herausgabe dieses vom Schuldner eingenommenen Betrages und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der C. II in bona oder in mala fide sich befand, verlangen kann. Da dieses Begehren des C. I, insofern es gegen einen gutgläubigen C. II gerichtet, juristisch aber nur denkbar ist als eine Klage aus der negotiorum gestio, resp. als die actio negot gest. directa, so ist zunächst zu prüfen, ob nach dem schweiz. Obligationenrechte die Voraussetzungen dieser Klage auf den angeführten Fall zutreffen. Diese Frage muß nach unserer Meinung bejaht werden. Denn in objektiver Hinsicht ist die Forderung, welche der C. II, resp.

derjenige, der eine jüngere Cessionsurkunde besitzt, einkassirt, gestützt auf die prinzipielle und durchgreifende Bedeutung, welche der schriftlichen, bezw. der ersten schriftlichen Beurkundung der Cession dem Schuldner wie jedem Dritten gegenüber nach dem eidgen. Obligationenrecht verliehen wird, als eine fremde zu betrachten, welche dem C. I, also demjenigen gehört, der die ältere Cessionsurkunde aufzuweisen hat. Nun wird sich freilich dann des Weitern noch fragen, ob der actio negot. gest. dir. nach dem eidgen. Obligationenrechte, wie dieses nach gemeinem Rechte, wenigstens nach der richtigen Anschauung desselben, und nach den vorhin erwähnten Gesetzgebungen und Entwürfen der Fall ist, ein Umfang verliehen wird, daß dieselbe sich auf das Gebiet, wo, zwar subjektiv eigene, jedoch objektiv fremde Geschäfte in Frage kommen, erstreckt. Auch diese Frage scheint mir in Hinsicht auf den Art. 473 ebenfalls bejaht werden zu müssen. Hier wird nämlich ausdrücklich fixirt, daß der Geschäftsherr vom gestor, der nicht in Rücksicht auf das Interesse des Erstern die Geschäftsführung übernommen, die aus dieser Führung der Geschäfte entspringenden Vortheile sich aneignen kann. Hieraus folgt, daß derjenige, welcher im eigenen Interesse in einem objektiv fremden Geschäfte thätig war, dasjenige, was er aus demselben bezogen, dem Geschäftsherrn herausgeben muß. Im eigenen Interesse bei einem objektiv fremden Geschäfte ist aber auch derjenige thätig, welcher eine fremde Forderung in der irrigen Meinung, es sei die seinige, einkassirt. Aus diesen Anführungen ergibt sich daher, daß nach dem eidgen. Obligationenrechte vermittelst der actio negot. gest. dir. der C. I, der sich auf die ältere Cessions-Urkunde, gegen den gutgläubigen C. II, welcher auf eine spätere Beurkundung der Cession sich berufen kann, Herausgabe des vom Letztern beim Schuldner enthobenen Betrages verlangen kann. Damit ist aber der gutgläubige C. II in die mißliche Lage, von der wir bereits gesprochen, nämlich in die Lage versetzt, daß, obschon er eine gehörige Cessionsurkunde vom Abtreter erhalten und gestützt auf dieselbe ohne Zögern die Zahlung vom debitor cessus verlangt und auch empfangen hat, gleichsam wie zum Hohne das vom Schuldner Empfangene dem-

jenigen Cessionar, der zufälligerweise die Beurkundung der Cession zuerst erhalten, aber aus Saumseligkeit in keiner Weise mit dem Schuldner sich in Beziehung gesetzt hat, herausgeben muß. Diese mißliche Stellung, welche in Hinsicht auf das eidgenössische Obligationenrecht für den gutgläubigen C. II geschaffen wird, wäre nur zu beseitigen gewesen durch folgende Alternative: entweder hätte man die Verpflichtung aus der negot. gestio dahin beschränken müssen, daß man sie nur als eine Vertretung des Willens des Geschäftsherrn (voluntas domini) entstehen ließ, oder dann hätte man dem ersten Denuncianten und nicht demjenigen Cessionar, der die ältere Urkunde für die Cession in Händen hat, den Vorzug gewähren sollen. Wir müssen nun freilich einer Lösung im Sinne der ersten Alternative unsere Zustimmung versagen; denn die Ausdehnung aus der Verpflichtung der negot. gest. auf vermeintlich eigene Geschäfte, die einen objektiven Hintergrund haben, findet ihre Begründung einzig und allein nur in der Aequitas. Wenn man daher von einer Verpflichtung aus der negot. gest. nur dann sprechen würde, wenn der Geschäftsführer den Willen des dominus vertreten hätte, so wäre dadurch — wenn man auch auf der einen Seite dem gutgläubigen C. II gerecht würde, doch auf der andern Seite geradezu wieder die Billigkeit sowohl dem dominus als dem gestor gegenüber verletzt worden. Wir würden daher eine Entscheidung vermittelst der zweiten Alternative, also eine Entscheidung in dem Sinne vorziehen, daß erklärt würde, daß der erste Denunciant und nicht derjenige Cessionar, der die ältere schriftliche Beurkundung hat, vorgehe; denn diese Lösung würde nach allen Seiten als eine befriedigende angesehen werden können. Es würde dadurch der gutgläubige C. II, der die jüngere Cessionsurkunde erhalten hat, aus der erwähnten mißlichen Lage befreit, ohne daß der C. I bei nur einigermaßen beobachteter Vorsicht eine Schädigung erleiden könnte. Diese Lösung würde dann freilich nicht nur eine Aenderung betreffend Art. 186, sondern auch bezüglich des Art. 184 in der Weise bewirkt haben, daß nicht die schriftliche Beurkundung oder wenigstens nicht diese allein, sondern die Denunciation maßgebend wäre, um die Cession zur vollständigen

Perfektion dem Schuldner und anderen Dritten gegenüber zu bringen.

Man hat nun zwar, namentlich Bähr, auch von Härten gesprochen, welche durch Annahme dieser Anschauung sowohl für den Cessionar als für den debitor cessus entstehen. Wir haben bereits im § 3 II. Thl. ausgeführt, daß, was die Person des Cessionars betrifft, von einer Gefährde nur insoweit die Rede sein könnte, als der Cessionar erst durch die Denunciation die Forderung erwirbt, so daß vor diesem Akte derselbe noch gar kein Forderungsrecht dem Schuldner gegenüber erhält, — keineswegs aber, wenn durch die Denunciation der Cessionar die schon durch eine schriftliche Beurkundung oder durch einen formlosen Cessionsakt erworbene Forderung vollständig, resp. mit Ausschluß des Cedenten erwirbt. Nun ist diese letztere Theorie, welcher der Bekanntmachung nur den angegebenen präkludirenden Charakter verleiht, wie wir ebenfalls dargethan, mit der Annahme des Vorzuges des ersten Denuncianten nicht unvereinbar. Wir fügen hier unsern obigen Ausführungen noch ergänzend bei, daß selbst in dem Falle, wo der Cessionar erst durch die Denunciation die Forderung erhält, so daß derselbe vor diesem Momente gar kein Recht, weder als Alleingläubiger noch als Mitgläubiger, betreffend die cedirte Forderung dem Schuldner gegenüber erwirbt, nicht angenommen werden kann, daß für den Cessionar dadurch eine unbillige Härte resultiren würde. Wenn Bähr, um diese Härte nachzuweisen, den Fall supponirt, daß nach erfolgter Cession, aber vor der Denunciation der Cedent stirbt und vom Schuldner beerbt wird, und umgekehrt, so muß freilich beim Eintritte dieser Eventualität unter Voraussetzung, daß der Cedent vor der Denunciation noch Alleingläubiger sei, die Annahme Platz greifen, daß das Recht des Gläubigers (des Cedenten) und die Verbindlichkeit des Schuldners bezüglich der cedirten Forderung in einer Person, bezw. in der Person des Erben, sich vereinigen, so daß eine Erlöschung der betreffenden Forderung durch confusio eintritt. Hieraus folgt dann allerdings weiter, daß der Cessionar nicht, als wäre nichts geschehen, gegen den Erben klagen, sondern, wie

Bähr richtig ausführt, nur obligatorische Rechte aus der causa cessionis gegen denselben geltend machen kann. (Vergl. Jahrbücher der Dogmatik, Bd. I, S. 434.) Ist aber nach dem Angeführten eine Ersatzklage des Cessionars gegen den fraglichen Erben von der causa cessionis abhängig, so kommen wir dann zu dem Ergebnisse, daß der Cessionar mit dieser Ersatzklage nur präkludirt wird, wenn der Cession eine Schenkung, nicht aber, wenn derselben ein onoroses Rechtsgeschäft zu Grunde liegt. Wenn man nun aber in Betracht zieht, daß einerseits — wie auch Vogt richtig bemerkt — der Kauf 99 % der praktischen Cessionsfälle ausmachen wird (vergl. „Zur Einbürgerung des schweizerischen Obligationenrechts“ II. Heft, S. 97), anderseits aber feststeht, daß dem Cessionar die betreffende Ersatzklage nur bei Schenkungen, also in Fällen, wo der Cessionar keinen wirklichen Schaden erleidet, vorenthalten wird, so entbehrt die von Bähr für den Cessionar behauptete Härte der Begründung.

Um für den debitor cessus eine Härte bei Annahme der von Bähr bekämpften Theorie zu konstatiren, beruft sich dieser Autor endlich auf folgendes Beispiel: Ein Verwandter des Schuldners hat sich von dem drängenden Gläubiger lediglich deßhalb die Forderung cediren lassen, um dem Schuldner hinreichende Frist zu geben oder nach Befinden die Schuld ganz nachzulassen. Jetzt tritt unter Umständen, wo wegen Abwesenheit oder Tod des Cessionars die Denunciation nicht sofort nachgeholt werden kann, der Gläubiger von Neuem auf, und nun soll ihm, der sein Geld schon in der Tasche hat, der bedrängte Schuldner nochmals zahlen, lediglich, weil dieser eine Denunciation nicht beweisen kann. Wo bleibt denn da die materielle Gerechtigkeit? (Jahrbücher der Dogmatik, Bd. V, S. 434.) — Knorr beantwortet diese Frage treffend dahin: „Die materielle Ungerechtigkeit folgt nicht aus dem Satze, daß bis zur Zeit der von Cessionar geschehenen Denunciation an den debitor cessus keine Veränderung des Rechtsverhältnisses des letztern zum Cedenten eintrete, sondern aus dem leider sehr oft eintretenden und materielle Ungerechtigkeit zur Folge habenden Mangel an Beweisen. In dem von Bähr vorgelegten Falle verschuldet sogar der Schuldner selbst

das ihm widerfahrene Unrecht dadurch, daß er, was in seiner Macht stand, es versäumte, sich die gehörigen Beweismittel für die an ihn geschehene Denunciation zu verschaffen" (Archiv für civil. Praxis, Bd. 42, S. 315).

Das Fazit wäre deßhalb, daß nicht die Anschauung, welche sich für die Priorität der ersten Denunciation erklärt, wohl aber diejenige, welche der ersten Cession, mag diese durch formlose Willenserklärung oder durch schriftliche Beurkundung vor sich gehen, den Vorzug gewährt, zu Unbilligkeiten und Härten führt, wodurch das materielle Recht eine schwere Schädigung erleidet.

Wir wären nun am Schlusse unserer Abhandlung angekommen. Als Schlußwort erlauben wir uns noch folgende kurze Bemerkung: Es mag aufgefallen sein, daß im ersten Theile und auch in der ersten Abtheilung des zweiten Theils unserer Abhandlung dem schweiz. Obligationenrecht nicht die spezielle Aufmerksamkeit geschenkt wurde, wie dieses bezüglich anderer partikulären Civilgesetzgebungen, z. B. betreffend des österreichischen und bernischen Privatrechtes, geschehen ist. Der Grund hiefür lag darin, daß zur Zeit der Bearbeitung des ersten Theiles und auch der ersten Abtheilung des zweiten Theiles unseres Aufsatzes das schweizerische Obligationenrecht nur als Entwurf und nicht als Gesetz vor uns lag. Bei Bearbeitung der zweiten Abtheilung des zweiten Theiles unserer Abhandlung dagegen, welche in die Zeit fällt, wo das schweiz. Obligationenrecht als Gesetz vor uns lag, haben wir es, wie wir dieses mit Berufung auf die obigen Ausführungen behaupten dürfen, an der speziellen Berücksichtigung dieser neuesten schweizerischen Civilgesetzgebung nicht fehlen lassen.



# Jura bernois.*)

## 1. Demande en revendication. — Force probante des écritures cadastrales.

Gustave Girardin contre frères Aubry.

(2 Octobre 1879.)

Par acte notifié aux frères Alcide, Ariste et Joseph Aubry, Gustave Girardin a formulé des conclusions tendant à faire reconnaître 1° que la parcelle de terrain inscrite Sect. B n<sup>os</sup> 214 et 215 du Cad., lieu dit «Sur la Combe au fond des Charmattes», Commune de Muriaux, est sa propriété, 2° que les défendeurs devront lui payer des dommages-intérêts pour l'indue jouissance qu'ils ont eue de cet immeuble. — D'un commun accord le litige a été soumis à des arbitres, avec réserve d'appel. — A l'appui de ses conclusions le demandeur invoquait a) un acte de vente du 4 Juillet 1854, b) les écritures cadastrales, spécialement la matrice de rôle, le plan parcellaire de Muriaux et le procès-verbal de communication définitive du plan aux propriétaires, c) la reconnaissance du prépossesseur des frères Aubry, résultant de la signature par lui apposée sur ce procès-verbal. — De leur côté les défendeurs alléguaient que la parcelle litigieuse avait été portée par erreur au nouveau plan sous le nom de Girardin, que l'ancienne matrice de rôle l'attribuait à Pierre-Joseph Aubry dont ils étaient les ayants cause et que leur droit de propriété s'appuyait en outre sur une possession immémoriale ou tout au moins trentenaire. — Les arbitres, admettant que l'ancienne matrice de rôle devait faire règle, rejetèrent la demande de Gustave Girardin. Mais ce jugement fut réformé en instance supérieure,

attendu:

1. que dans ses conclusions le demandeur réclame la propriété d'une parcelle de terrain inscrite Sect. B. n<sup>os</sup> 214 et 215 du cadastre,

2. que, tout en concluant au rejet de la demande, les défendeurs cherchent à établir qu'ils sont propriétaires de l'immeuble inscrit Sect. B n° 215, désigné par eux comme

*) Voyez Zeitschr. vol. XVII, p. 232 et suiv., 653 et suiv.

unique objet du litige (v. leur mémoire du 27 Août 1878); qu'il n'existe donc en réalité pas de contestation quant au n° 214 à l'égard duquel le droit de propriété de Girardin est implicitement reconnu,

3. que l'immeuble en litige figure dans la matrice de rôle de Muriaux sous le nom du demandeur Girardin,

4. que, selon les défendeurs, il y aurait identité entre cet immeuble et la parcelle inscrite Sect. E n° 65 de l'ancien cadastre sous le nom de leur prépossesseur Pierre-Joseph Aubry et acquise par leur père Vénuste Aubry suivant acte de partage du 31 Décembre 1864, de sorte que, si les écritures cadastrales actuelles l'attribuent à Gustave Girardin, ce serait par suite d'une erreur commise lors de la confection du nouveau plan; mais que la preuve de l'identité ne résulte point des pièces produites et que notamment la contenance de la parcelle E n° 65, mentionnée dans l'ancienne matrice de rôle, ne correspond ni à celle de l'immeuble en litige pris isolément, ni aux contenances réunies des parcelles n°s 215 et 216 nouv. cad.,

5. que Girardin produit comme titre d'acquisition la vente du 4 Juillet 1854, reçue Me Jobin, notaire à Saignelégier, et allègue que l'immeuble Sect. E n° 14 ½ ancien cad., provenant de Pierre-Joseph Girardin et dont il est devenu propriétaire à teneur dudit acte, est le même que l'immeuble revendiqué en demande,

6. que ce titre ne constate pas, il est vrai, d'une manière certaine le fait allégué, mais que la présomption qui en découle au profit du demandeur est corroborée par les écritures cadastrales dont les énonciations doivent, s'il y a doute sur les droits respectifs des parties, servir de preuve complémentaire; que le plan parcellaire de Muriaux qui attribue au demandeur la parcelle en litige, a été dressé conformément aux prescriptions de l'ordonnance du 19 Mai 1846 sur le cadastre, rendue en exécution du Décret du 8 Décembre 1845; qu'il appert de la déclaration du Directeur du cadastre que le procès-verbal de communication définitive aux propriétaires, en date du 23 Février 1857, ne relate aucune réclamation contre la délimitation des parcelles inscrites Sect. B n°s 214 à 216 et que Pierre-Joseph Aubry qui à cette époque était propriétaire de la parcelle E n° 65 anc. cad., a reconnu par sa signature l'exactitude du tracé (v. art. 104 et suiv. de l'ordonnance précitée, cf. art 1 ibid.),



7. qu'une autre présomption ressort du paiement des contributions par Girardin depuis la confection de la nouvelle matrice de rôle et que l'ensemble de ces diverses preuves établit la qualité de propriétaire du demandeur,

8. que les défendeurs ne prouvent point que leur possession serait plus que trentenaire (art. 2262 C. Civ.) et qu'elle aurait revêtu les caractères requis pour prescrire (art. 2229 ibid.); qu'il est constant d'autre part que Girardin a protesté contre les coupes de bois opérées sur la parcelle revendiquée dès qu'il en a eu connaissance.

**2. Interprétation et application de l'art. 210 C. Civ. bern. (art. 4 L. sur la Tutelle). — Négligence constatée. — Recours admis contre l'autorité tutélaire actuelle, même à raison de faits antérieurs à son entrée en fonctions.**

**Frédéric-Louis Dumont contre Autorité tutélaire de la Ferrière.**

(9—18 Octobre 1879.)

Les principes qui régissent la responsabilité des autorités tutélaires ont été définis et appliqués dans de nombreux arrêts, notamment dans celui du 13 Mars 1879 (Zeitschrift XVII, p. 247). C'est en vertu de ces mêmes principes que la Cour a fait droit à une demande introduite par Frédéric-Louis Dumont contre l'autorité tutélaire de la Ferrière, tout en réduisant le chiffre des dommages-intérêts réclamés. — Le père du demandeur, originaire de la Ferrière, s'était établi au Buhl près Hilterfingen (District de Thoune) où il est décédé le 12 Septembre 1857. Par son testament du 13 Mars 1856 il désignait comme tuteur de son fils mineur Jacob Fuhrer, membre du Grand-Conseil à Hilterfingen. Ce choix ayant été ratifié, Fuhrer entra en fonctions au commencement d'Octobre 1857 et géra jusqu'à son décès (fin Janvier 1875) la fortune de Frédéric-Louis Dumont fils, comprenant en immeubles et créances, d'après le 1er compte de tutelle, une valeur totale de fr. 46,174. 14. A teneur du dernier acte d'apurement, dressé par le Préfet de Courtelary le 9 Juillet 1875, le reliquat à la charge de Fuhrer s'élevait à fr. 33,436. 23. Cet acte porte : . . . « En application des dispositions de la loi sur la Tutelle, nous déclarons le tuteur Fuhrer, soit son hoirie, responsable de toutes les

pertes occasionnées au pupille Dumont pendant qu'a duré cette gestion . . . . . Dans les conditions ordinaires l'autorité tutélaire devrait être déclarée responsable de la gestion dans les limites fixées par la loi. Mais la corporation bourgeoise de la Ferrière ayant fait abandon de ses biens, le Conseil-Exécutif a, par son arrêté du 2 Avril 1870, déclaré cette corporation dissoute, en enjoignant à la commune municipale du dit lieu de se charger de l'administration des affaires bourgeoises. Or les faits de cette gestion pour lesquels la responsabilité est encourue, remontent à l'époque de l'administration tutélaire bourgeoise, de sorte que nous ne pouvons déclarer responsable de ces faits l'autorité tutélaire municipale actuelle. Nous laissons dès lors la question de responsabilité en suspens, en réservant à Mr Dumont toutes actions qu'il se croira fondé à faire valoir contre qui de droit. » — Après le décès de Fuhrer ses héritiers renoncèrent à sa succession; une liquidation juridique s'ouvrit au Greffe du Tribunal de Thoune et Dumont réclama d'une part fr. 33,436. 23, montant du reliquat, d'autre part fr. 15,870, suivant obligation hypothécaire du 16 Janvier 1875. A raison des pertes éprouvées dans la liquidation Fuhrer, pertes qui, selon les calculs du demandeur, atteindraient le chiffre de fr. 25,072. 03, Frédéric-Louis Dumont actionna l'autorité tutélaire de la Ferrière par ajournement du 10 Novembre 1877. Il posait en fait que la défenderesse avait, sous divers rapports, contrevenu aux prescriptions légales pendant le cours de la tutelle, que, grâce à cette violation de ses devoirs, Fuhrer avait pu disposer sans contrôle des titres de créance qui régulièrement auraient dû rester en la possession de l'autorité tutélaire, que le préjudice causé était donc imputable à celle-ci et qu'elle devait en répondre conformément à l'art. 210 C. Civ. bern. — Dans sa défense l'autorité tutélaire de la Ferrière a conclu en 1e ligne au rejet de la demande, éventuellement à ce que Dumont fût débouté de ses conclusions en dommages-intérêts « pour autant qu'il cherche à rendre la défenderesse responsable des négligences et des abus de confiance commis par le tuteur Fuhrer déjà avant que la commune municipale n'eût l'administration des affaires tutélaires ». — Les parties ayant prétérité le Tribunal de 1e instance, la Cour a statué comme suit:

Considérant :

1. que l'action récursoire dirigée contre la défenderesse se fonde sur l'art. 210 C. Civ. bern. qui déclare les autorités tutélaires responsables de tout dommage que la personne placée sous tutelle peut avoir éprouvé par leur négligence,

2. que dans le partage de la succession de Frédéric-Louis Dumont père, 14 créances, évaluées à fr. 41,987. 12 en principal, ont été attribuées au demandeur,

3. qu'à teneur de l'art. 264 C. Civ. bern., les créances, documents et titres appartenant aux pupilles, doivent rester sous la garde et la responsabilité de l'autorité tutélaire,

4. qu'au lieu de se conformer à cette prescription, l'autorité tutélaire de la Ferrière a laissé les titres existants en la possession du tuteur Fuhrer et qu'il appert même d'une lettre du S[r] Hercule Sémon en date du 30 Janvier 1860 que trois actes hypothécaires, transmis à cette autorité par le tuteur, lui ont été retournés,

5. que l'autorité tutélaire n'a jamais exigé du tuteur le rapport sur l'état des créances que prévoit l'art. 265 C. Civ. bern., et ce nonobstant les instructions renfermées dans l'acte d'apurement préfectoral du 26 Avril 1862,

6. que la loi impose au tuteur l'obligation de rendre compte de sa gestion tous les deux ans (art. 281 ib.) et que, si le tuteur néglige sans motifs légitimes de s'exécuter dans les trois mois qui suivent le terme fixé, l'autorité tutélaire doit le sommer de rendre compte dans le délai de six semaines (art. 292 ib.),

7. que Fuhrer est entré en fonctions comme tuteur au commencement d'Octobre 1857 ; que son 1[er] compte est daté du 31 Juillet 1861 ; que le 2[d] n'a été rendu que le 10 Août 1865 et qu'un intervalle de plus de neuf ans s'est écoulé jusqu'à la reddition du 3[e] compte ; que la défenderesse n'allègue pas que ces retards se justifient par des motifs relevants et qu'il est reconnu qu'aucune sommation n'a été notifiée à Fuhrer,

8. que la négligence de l'autorité tutélaire est ainsi dûment établie ; que Fuhrer, resté en possession des titres, a perçu depuis la reddition du 2[d] compte le montant de huit capitaux sans les replacer, au mépris de l'art. 267 C. Civ. bern. et que, vu le défaut de vérification des créances comprises dans le partage, on a ignoré pendant 14 ans que le titre de fr. 8,695. 80 sur Pierre-François Eguey à Or-

sonnens ne se trouvait plus entre les mains du notaire Tissot qui était censé le détenir, mais que ce titre avait été cédé par Tissot et acquitté par le débiteur avant le décès de Dumont père; qu'un préjudice résulte donc en principe de la négligence commise,

9. que la défenderesse se prétend à l'abri de tout recours attendu qu'en 1870 la corporation bourgeoise de la Ferrière, investie des fonctions d'autorité tutélaire, s'est dissoute, que c'est depuis lors seulement que ces fonctions ont été remplies par le conseil municipal et que les faits qui motivent la présente action seraient antérieurs à 1870; mais que ce moyen libératoire est inadmissible, qu'en effet:

*a)* il n'est pas exact que tous les détournements aien été commis avant 1870; les pièces produites constatent que le montant du titre souscrit par Pierre-Ignace Erard a été partiellement perçu de 1871 à 1873,

*b)* la nouvelle autorité tutélaire a, de même que l'ancienne, contrevenu à l'art. 292 C. Civ. bern. en négligeant de réclamer par sommation le compte de tutelle,

*c)* si la commune bourgeoise a, le 19 Février 1870, fait abandon de ses biens au profit de la commune municipale, c'était sous la réserve que celle-ci assumerait « toutes ses dettes, charges et obligations généralement quelconques » et l'arrêté du 2 Avril 1870 qui sert de base à l'organisation actuelle, a ratifié cet acte d'abandon,

*d)* lors même qu'aucune réserve de ce genre n'aurait été faite, l'autorité tutélaire actuellement en fonctions serait responsable au lieu et place de la précédente, sauf son recours contre les membres qui composaient cette dernière; d'un côté on ne peut par mesure administrative porter atteinte à des droits découlant de la loi civile, spécialement priver le pupille de l'action en responsabilité que lui accorde l'art. 210 C. Civ. bern.; d'autre part la demande n'est pas formée contre les membres actuels de l'autorité tutélaire, considérés individuellement, mais contre cette autorité même, soit contre le conseil communal, en sa qualité de pouvoir préposé à l'administration des tutelles (art. 209 C. Civ. bern.), pouvoir qui se perpétue comme personne juridique, malgré les modifications que subissent ses éléments constitutifs (v. arrêt du 13 Mars 1879 — M. Gschwind et cons. contre Autorité tutélaire de Laufon),

10. que les autres moyens invoqués par la défenderesse, en particulier le fait que Fuhrer n'a pas été nommé sur la proposition de l'autorité tutélaire (art. 239 ib.), mais choisi par Dumont père dans son testament (art. 241 ib.), — l'éloignement du tuteur et les difficultés que présentait l'examen des comptes, — les lettres adressées à Fuhrer tant par l'ancien président de l'autorité tutélaire en 1860 que par le S^r Zumkehr, président de la nouvelle autorité tutélaire, en 1871, 1873 et 1874, — ne peuvent évidemment libérer la défenderesse, mais qu'il est équitable de les prendre en considération pour la fixation de l'indemnité,

11. qu'à titre d'indemnité le demandeur réclame une somme de fr. 25,072. 03, plus les intérêts dès le 9 Juillet 1875, date de l'apurement du dernier compte et que, pour justifier sa réclamation, il s'appuie sur cet apurement et sur la perte qu'il déclare avoir éprouvée dans la liquidation de la succession vacante du tuteur Fuhrer; que la responsabilité dont mention en l'art. 210 C. Civ. bern. ne comprend pas d'une manière absolue le montant total du dommage causé par le tuteur, mais qu'elle se restreint au dommage qui a son origine dans la négligence de l'autorité tutélaire, sans que celle-ci ait à répondre du préjudice dérivant d'autres causes; que le prononcé préfectoral et les calculs établis en demande ne peuvent donc faire règle quant à la défenderesse et qu'au vu des faits constatés à la charge de l'autorité tutélaire, des circonstances spéciales qui les atténuent dans une certaine mesure et du chiffre réel de la fortune de Dumont, tel qu'il ressort des actes, les dommages-intérêts doivent être fixés à fr. 12,000 en capital,

la Cour d'Appel et de Cassation

adjuge au demandeur ses conclusions pour ladite somme de fr. 12,000, avec intérêts au 5 % dès le 9 Juillet 1875.

**8. Poursuites contre un codébiteur solidaire. — Exception fondée sur le défaut d'offre de collocation dans le délai de six mois. — Le codébiteur solidaire peut-il invoquer l'art. 595 C. Proc. Civ.?**

Antoine Kohler contre Jean-Baptiste Varrin.

(16 Octobre 1879)

Aux termes d'une obligation souscrite le 9 Juillet 1857, Pierre-Joseph Varrin, voiturier, et ses fils Jean-Baptiste, Pierre

et François Varrin, tous à Courgenay, devaient solidairement à la Caisse hypothécaire du Canton de Berne une somme de fr. 5000. Ensuite de remboursement opéré à la décharge des débiteurs, selon quittance subrogatoire du 11 Mars 1875, ce titre parvint à Me Salomon, notaire à Porrentruy, qui à son tour fut désintéressé par Me Kohler, notaire au même lieu, et le subrogea dans ses droits. Déduction faite des à-compte versés, il restait dû en 1876 un solde de fr. 1383. 97. Pierre Varrin, l'un des débiteurs, étant décédé et sa succession ayant été déclarée vacante, Me Kohler produisit sa créance dans la liquidation de la masse et fut colloqué utilement pour fr. 305. 85 sur l'acquéreur d'une pièce de terre et pour fr. 542. 20 sur l'estimation cadastrale de deux immeubles non vendus. Par acte du 24 Août 1878 il fit notifier à Jean-Baptiste Varrin, en sa qualité de codébiteur solidaire du titre créé au profit de la Caisse hypothécaire, qu'il n'acceptait pas en paiement la collocation de fr. 542. 20 et qu'il la lui offrait moyennant bonification de la valeur estimative des immeubles. Cette offre ne fut point acceptée et Jean-Baptiste Varrin contesta devoir la somme de fr. 1172. 13 qui lui était réclamée, pour solde en capital et intérêts, d'abord par commandement de payer du 1er Juillet 1878, puis par exposé de demande du 19 Octobre suivant. Dans l'instance liée entre parties il opposa aux conclusions du demandeur une exception péremptoire, alléguant que la liquidation de Pierre Varrin était devenue définitive le 2 Novembre 1877, que l'offre de collocation avait été signifiée après l'expiration du délai de six mois mentionné en l'art. 595 C. Proc. Civ. et que de plus cette offre était irrégulière puisqu'elle ne comprenait pas l'intégralité de la collocation obtenue. Pour le cas où l'exception péremptoire serait rejetée, Varrin concluait à ce que la réclamation fût réduite à fr. 558. 82. — Le demandeur dénia qu'une déchéance quelconque eût été encourue, l'art. 595 C. Proc. Civ. ne pouvant être appliqué dans l'espèce et le projet d'ordre et de distribution n'étant d'ailleurs entré en vigueur que plusieurs mois après le 2 Novembre 1877. — Lors des débats en instance d'appel le défendeur, tout en reproduisant les moyens de libération précédemment articulés, fit valoir, comme nouvel argument, le fait que la collocation n'avait pas été refusée dans le délai d'un an par déclaration au Greffe, ainsi que le prescrit l'art. 594 C. Proc. Civ. — Ces divers moyens n'ont point été admis et, par arrêt du 16 Octobre 1879, la Cour

d'Appel et de Cassation, confirmant le jugement du Tribunal de Porrentruy, a débouté le défendeur de son exception péremptoire et adjugé les conclusions de la demande,

attendu:

1. que, pour justifier ses conclusions péremptoires, le défendeur invoque à tort la déchéance résultant de l'inobservation du délai de six mois fixé par l'art. 595 C. Proc. Civ., qu'en effet:

*a)* abstraction faite de la question de savoir si l'acte du 24 Août 1878 a été notifié plus de six mois après la date réelle de l'entrée en vigueur du projet, il est certain que l'art. 595 C. Proc. Civ. prévoit uniquement le cas où un recours doit être exercé par le créancier colloqué contre un tiers,

*b)* en vertu de l'obligation du 9 Juillet 1857 le défendeur s'est engagé, comme codébiteur solidaire, au remboursement de la somme dont le solde est réclamé en demande,

*c)* l'action dirigée contre un codébiteur solidaire n'est point un recours dans le sens légal, soit une action subsidiaire, mais une action principale et directe, naissant du fait même de la solidarité qui confère au créancier le droit de réclamer séparément ou simultanément le tout aux divers obligés (art. 1200, 1203, 1204 C. Civ.),

*d)* le demandeur pouvait se dispenser de produire dans la liquidation du coobligé Pierre Varrin sans être par là déchu de son action contre Jean-Baptiste Varrin, tandis que le défaut de production, si Jean-Baptiste Varrin eût été simple caution et non codébiteur principal, aurait emporté décharge du cautionnement (art. 2037 ib.),

2. que, l'art. 595 C. Proc. Civ. étant inapplicable en principe, il devient inutile de rechercher si l'offre faite est irrégulière attendu qu'elle ne comprendrait qu'une partie de la collocation attribuée au créancier,

3. que cette collocation, en tant qu'elle porte sur l'estimation cadastrale de deux immeubles, ne constitue pas un paiement et que le créancier n'était pas tenu de l'accepter à ce titre; que l'on ne peut prétendre qu'il l'aurait implicitement acceptée en négligeant de la refuser par déclaration au Greffe dans le délai d'un an (art. 594 C. Proc. Civ.),

puisque dès le 24 Août 1878 il a fait signifier à Varrin qu'il ne l'acceptait pas, et que du reste le délai d'un an n'était point encore expiré lors de l'introduction de l'instance,

4. que la légitimité originaire de la dette est reconnue par le défendeur.

**4.*) Attributions légales du syndic d'une faillite. — Droit d'agir en justice au nom de la masse sans autorisation préalable des créanciers.**

C. A. Québatte contre A. Balimann.

(Ier Novembre 1879.)

Le Sr Alphonse Balimann, à St-Imier, nommé syndic définitif de la faillite de Charles-Conrad Colin, au même lieu, étant intervenu en cette qualité dans un procès pendant entre Félix Bonaccio et Camille-Albert Québatte, celui-ci a conclu incidemment à ce qu'il fût tenu de se légitimer par une procuration en due forme, comme autorisé par la la masse Colin à poursuivre le procès. Ces conclusions incidentes ont été rejetées et la Cour d'Appel et de Cassation a confirmé le prononcé du Juge de Courtelary,

attendu:

1. qu'il n'est pas contesté que, conformément à l'art. 527 du Code de Commerce franç., Alphonse Balimann a été, ensuite d'un contrat d'union, nommé syndic définitif de la faillite Colin,

2. que la demande en légitimation formée contre le Sr Balimann repose sur la confusion faite entre le gérant à la masse d'une cession de biens et le syndic d'une faillite quant à leurs attributions respectives, réglées, celles du 1er par le Code de Proc. Civ. bern. (art. 565 et suiv.) et celles du 2d par le Code de Comm. franç.,

3. qu'à teneur de l'art. 528 de ce dernier Code, le syndic définitif représente la masse des créanciers et poursuit, en

*) Ici devrait figurer, selon l'ordre chronologique, un arrêt du 31 Octobre 1879 relatif à l'hypothèque légale de la femme mariée. Nous le publierons plus tard, vu sa connexité avec un second arrêt rendu en 1881. J.

vertu du contrat d'union et sans autre titre, la vente des immeubles et des effets mobiliers du failli ainsi que la liquidation de l'actif et du passif,

4. qu'à la vérité il est loisible au syndic définitif de consulter les créanciers pour avoir une garantie morale de sa gestion, mais que cette mesure n'est nullement prescrite et partant ne concerne point les droits et les devoirs du syndic. *)

**5. Reprises matrimoniales. — Femme commune en biens colloquée pour le montant d'apports mobiliers. — Rectification du projet d'ordre.**

Banque cantonale contre Veuve Froté née Prudon.

(6 Novembre 1879.)

Suivant état de reprises du 26 Septembre 1878 Thérèse née Prudon, veuve d'Auguste Froté, à Miécourt, réclamait dans la liquidation de la succession de ce dernier fr. 5000, montant de sa dot, et fr. 7200, valeur représentative d'un legs à elle fait par son père Jean-Baptiste Prudon, meunier à Alle. Le projet d'ordre l'ayant colloquée utilement, en vertu de son hypothèque légale, sur le produit des immeubles, la Banque Cantonale de Berne forma opposition par acte du 22 Janvier 1879, demandant que cette collocation qui avait trait à des valeurs mobilières tombées en communauté, fût éliminée du projet d'ordre et affectée jusqu'à due concurrence au paiement des créances de l'opposante. — Veuve Froté acquiesça aux conclusions quant à la somme de fr. 5000, mais pour le surplus elle maintint le bien-fondé de la collocation. Le testament de Jean-Baptiste Prudon, en date du 15 Décembre 1849, invoqué à l'appui de sa réclamation de fr. 7200, est ainsi conçu: « Je donne et lègue par préciput et hors part à mes deux fils Ambroise et Joseph Prudon tous les droits de propriété et autres qui me compètent dans le moulin, habitation, grange, écuries, scierie, machine à battre le blé, plus dans une maison appelée la Salle, joignant le moulin, et dans une autre

*) V. dans le même sens arrêt du 9 Mars 1866 (Zeitschrift III p. 27).

maison avec grange et écuries, située au Cornat des vies de Bâle, avec verger et jardin, d'environ 11 journaux, en un seul enclos joignant les maisons susdites, avec les aisances et dépendances desdits bâtiments, au village d'Alle, le tout pour une somme de fr. 36,000 sur laquelle lesdits Ambroise et Joseph Prudon paieront à chacune de leurs sœurs Jeanne, Thérèse et Catherine fr. 7200 dans le délai de 6 années à partir de mon décès et de celui de mon épouse, avec intérêts dès ladite époque à 5 % . . . .» Selon la défenderesse, les biens formant la succession de Jean-Baptiste Prudon consistaient tous en immeubles non susceptibles d'être partagés; il appert du testament que Joseph et Ambroise Prudon ont reçu la totalité des immeubles moyennant par eux verser à leurs sœurs cohéritières la part leur revenant dans la succession; cette succession étant immobilière, elle a conservé son caractère immobilier à l'égard de tous les héritiers et dès lors la part héréditaire de Dame Prudon doit être envisagée comme bien propre. -- Ces allégations ont été déniées par la demanderesse qui a posé en fait qu'indépendamment des immeubles décrits dans le testament du 15 Décembre 1849, Jean-Baptiste Prudon possédait d'importantes propriétés dont le partage a eu lieu selon les règles des successions ab intestat et qu'aux termes de l'acte de partage la défenderesse a obtenu un lot d'immeubles d'une valeur de fr. 12,280. — L'arrêt suivant a été rendu par la Cour le 6 Novembre 1879:

Considérant:

1. que la défenderesse a déclaré acquiescer aux conclusions en ce qui concerne la somme de fr. 5000, montant de la donation mentionnée dans le contrat de mariage du 14 Novembre 1845;

2. que les art. 1 et 3 de ce contrat portent: «Il y aura communauté légale entre les époux; en conséquence en feront partie leurs biens meubles présents et futurs ... Les immeubles que les futurs époux possèdent en ce moment, de même que ceux qui leur écherront par succession, donation ou legs, sont et demeureront propres à celui du chef duquel lesdits biens seront provenus» . . . . . (v. art. 1401, N° 1, 1404 et 1405 C. Civ.);

3. qu'il y a lieu de rechercher si la réclamation de fr. 7200, figurant dans l'état des reprises de la défenderesse,

constitue un bien propre immobilier ou si elle rentre dans la catégorie des biens meubles;

4. que d'après l'acte de production même cette somme représente le montant d'un legs, non la part héréditaire de Dame Froté et que celle-ci invoque comme titre, non sa qualité d'héritière de Jean-Baptiste Prudon, mais le testament du 15 Décembre 1849;

5. que par ledit testament Jean-Baptiste Prudon lègue à ses deux fils Ambroise et Joseph, par préciput, tous les droits de propriété et autres qui lui appartiennent dans divers immeubles sis au village d'Alle, « le tout pour une somme de fr. 36,000 sur laquelle ils paieront à chacune de leurs sœurs Jeanne, Thérèse et Catherine, fr. 7200, dans le délai de six années, avec intérêts au 5 °/₀ »;

6. qu'en vertu de cette disposition testamentaire Ambroise et Joseph Prudon sont devenus, dès le décès du testateur, seuls propriétaires des droits immobiliers légués (art. 1014 C. Civ.), à l'exclusion de Thérèse Froté qui n'avait à faire valoir contre eux qu'une créance de fr. 7200, indépendante de la quote-part lui revenant dans la succession ab intestat de Jean-Baptiste Prudon, succession qui a formé l'objet d'un partage spécial entre les cinq héritiers;

7. que si le legs fait à Thérèse Froté n'est qu'un legs de créance, il a un caractère mobilier (art. 529 C. Civ.), de sorte que les fr. 7200 en litige sont entrés dans la communauté et doivent être éliminés des reprises garanties par l'hypothèque légale (art. 2135 ib.),

la Cour d'Appel et de Cassation, confirmant le jugement de 1e instance, adjuge à la demanderesse ses conclusions.

**6. Election de domicile dans le sens de l'art. 111 C. Civ. — Demande en déclaration de faillite soumise au tribunal du domicile élu. — Conclusions fori-déclinatoires.**

Banque Cantonale contre Lazare Diedisheim.

(15 Novembre 1879.)

Dans le courant de 1878 Lazare Diedisheim, fabricant d'horlogerie à Porrentruy, quitta cette localité pour s'établir à Paris. Suivant obligation du 1er Octobre 1877 il devait à la Banque Cantonale de Berne une somme de fr. 133,000,

stipulée remboursable par versements périodiques. Le 9 Juin 1879 la Banque Cantonale requit du Tribunal de commerce de Porrentruy la déclaration de faillite de Diedisheim; elle alléguait que ce dernier n'avait pas effectué les versements à sa charge, qu'il était insolvable et que la translation de son domicile à Paris ne faisait pas obstacle à ce que la faillite fût prononcée par le Tribunal de Porrentruy, la compétence de ce Tribunal résultant de l'élection de domicile suivante, faite par acte du 30 Septembre 1878: «Je soussigné, Lazare Diedisheim, négociant, demeurant et domicilié à Paris, déclare par le présent faire élection de domicile dans les bureaux de la Banque Cantonale de Berne, succursale de Porrentruy, pour l'exécution de l'obligation que j'ai souscrite en faveur de cet établissement le 1er Oct. 1877 au capital de fr. 133,000. Cette élection de domicile, qui aura les effets prévus par l'art. 111 C. Civ., s'applique également à tous les autres engagements que j'ai contractés ou que je pourrais contracter à l'avenir au profit de la Banque Cantonale, qu'ils résultent de billets, endossements ou autres transactions, de quelque nature que ce soit. Je consens en conséquence à ce que tous actes concernant lesdits engagements soient notifiés à ce domicile et m'obligent de la même manière que s'ils étaient notifiés à mon domicile réel . . . . . . (signé) L. Diedisheim.» — Se fondant sur cette déclaration et sur l'art. 3 de la convention des 15 Juin — 6 Décembre 1869 entre la France et la Suisse, le Tribunal de Commerce de Porrentruy rejeta l'exception d'incompétence soulevée par le mandataire de Diedisheim et prononça la faillite; il ordonna en outre l'exécution immédiate du jugement par provision et nonobstant appel. — La Cour a statué comme suit:

Considérant:

1. que le for compétent pour la déclaration de faillite est déterminé par le domicile du débiteur,

2. qu'il est reconnu que Lazare Diedisheim a son domicile à Paris,

3. que, pour saisir le Tribunal consulaire de Porrentruy, la demanderesse se fonde sur l'élection de domicile stipulée dans l'acte du 30 Septembre 1878,

4. qu'à teneur dudit acte Lazare Diedisheim a élu domicile à Porrentruy pour l'exécution des engagements

par lui contractés au profit de la Banque Cantonale, déclarant expressément que cette élection aurait les effets prévus par l'art. 111 C. Civ.,

5. que l'art. 111 C. Civ. limite l'attribution de juridiction aux significations, demandes et poursuites qui concernent l'exécution du contrat en vue duquel le domicile a été élu,

6. que la demande en déclaration de faillite ne constitue ni une action tendant à faire exécuter un engagement, ni un acte de poursuites relatif à l'exécution; qu'elle a pour objet de constater par sentence judiciaire l'état de cessation de paiements du débiteur et de provoquer une liquidation commune de ses biens; que cette demande ne rentre donc pas dans les termes de l'art. 111 C. Civ.,

7. qu'ainsi l'élection de domicile faite le 30 Septembre 1878 ne conférait au Tribunal consulaire de Porrentruy aucune compétence quant à la déclaration de faillite; que s'il en était autrement, on devrait reconnaître qu'en cas d'élections multiples de domicile pour l'exécution de divers contrats, la faillite pourrait simultanément et en vertu d'un droit égal de juridiction, être déclarée par chacun des tribunaux dans le ressort desquels se trouvent les domiciles élus, conséquence évidemment contraire au principe de l'unité de la faillite,

8. que l'art. 3 de la convention des 15 Juin — 6 Décembre 1869 entre la France et la Suisse, invoqué par le Tribunal, est inapplicable puisqu'il n'a trait qu'aux difficultés qui peuvent naître de l'exécution d'un contrat et ne se réfère nullement à la matière des faillites, réglée par les art. 6 et suiv. de la même convention,

9. que l'incompétence du Tribunal de Porrentruy étant établie, le jugement déclaratif de faillite et les opérations qui s'y rattachent sont de plein droit frappés de nullité,

la Cour d'Appel et de Cassation adjuge au défendeur Lazare Diedisheim les fins de son exception fori-déclinatoire, casse le jugement du Tribunal consulaire du District de Porrentruy prononçant la faillite et annule les opérations ordonnées ensuite de cette déclaration de faillite.

**7. Jugement par défaut en matière commerciale. — Exécution volontaire de la part d'un des défaillants. — Péremption interrompue à l'égard de tous les obligés solidaires. — Dans quelle mesure le cofidéjusseur qui a payé la dette peut faire valoir la subrogation contre le tiers-détenteur de l'immeuble grevé d'hypothèque au profit du créancier.**

**Célestin Berbier et cons. contre Compagnie du Chemin de fer du Jura-Berne et cons.**

(20 Novembre 1879.)

Une action a été introduite devant le Tribunal civil de Porrentruy par Célestin Berbier, cultivateur à Charmoille, et consorts, contre *a*) la masse en cession de biens d'Ignace Chavanne ff. Germain, comme débitrice principale, *b*) la Compagnie du Chemin de fer du Jura-Berne, Pierre Spahr, Ignace Turberg et Jean Magnet, comme tiers-détenteurs, à l'effet de faire reconnaître 1° que les demandeurs, du chef d'Henri-Joseph Berbier, en son vivant lieutenant de gendarmerie à Porrentruy, sont créanciers d'une somme principale de fr. 3200. 40, due par la masse d'Ignace Chavanne ff. Germain, selon jugement du 15 Décembre 1868, ainsi que des intérêts au taux du commerce dès le 31 Mai 1869 et des frais de jugement et de poursuites, 2° qu'à la sûreté du jugement du 15 Décembre 1868, en capital, intérêts et accessoires, il a été pris à la requête du créancier, F. A. Neuhaus, banquier à Bienne, l'inscription judiciaire sur la généralité des immeubles du débiteur Ignace Chavanne et de ses cautions Germain Chavanne et Henri-Joseph Berbier, consignée aux registres de la conservation des hypothèques de Porrentruy, sous date du 8 Janvier 1869, 3° que ladite inscription grève les immeubles suivants, ayant appartenu à Germain Chavanne, savoir a) lieu dit «au Faubourg St-Germain» à Porrentruy, sect. A n^os^ 890 à 898, une maison d'habitation, jardin, verger et dépendances, b) quatre champs en la Condemenne, ban de Porrentruy, sect. D n^os^ 260, 315, 317 et 321, 4° que la masse d'Ignace Chavanne est tenue de payer aux demandeurs les causes du jugement du 15 Décembre 1868, 5° que les autres défendeurs, en leur qualité de tiers-détenteurs des immeubles susmentionnés, frappés par l'inscription générale du 8 Jan-

vier 1869, sont tenus de souffrir l'expropriation de ces immeubles, chacun en ce qui le concerne. — Les faits articulés en procédure et les moyens de droit des parties ressortent suffisamment des motifs de l'arrêt rendu le 20 Nov. 1879 par la Cour d'Appel et de Cassation, arrêt ainsi conçu :

Considérant :

1. que suivant acte du 14 Mai 1867 un crédit de fr. 3000 a été ouvert par F. A. Neuhaus, banquier à Bienne, au S[r] Ignace Chavanne, négociant à Porrentruy, sous le cautionnement solidaire de Germain Chavanne et d'Henri-Joseph Berbier,

2. que Neuhaus a fait assigner le débiteur principal et les deux cautions sur l'audience du Tribunal de commerce de Porrentruy du 15 Décembre 1868, pour se voir condamner conjointement et solidairement à lui payer la somme de fr. 3057. 50, montant du compte arrêté le 20 Oct. 1868, les intérêts au 6 % et les frais,

3. que ses conclusions lui ont été adjugées selon jugement dudit jour, rendu par défaut,

4. qu'en vertu de ce jugement Neuhaus a pris inscription, le 8 Janvier 1869, au bureau des hypothèques de Porrentruy, sur tous les biens présents et à venir des S[rs] Ignace Chavanne, Germain Chavanne et Henri-Joseph Berbier,

5. qu'il est reconnu que Berbier a payé au créancier le capital et les intérêts au moyen d'un effet de fr. 3200. 40, échu le 31 Mai 1869, et qu'il a en outre acquitté les frais de jugement et de poursuites par fr. 77. 85,

6. que les demandeurs, héritiers d'Henri-Joseph Berbier, agissent hypothécairement, à teneur des art. 2167 et suiv. C. Civ., contre la Compagnie du Jura-Berne, Spahr, Turberg et Magnet, en leur qualité de détenteurs d'immeubles ayant appartenu à la caution Germain Chavanne et frappés par l'inscription judiciaire du 8 Janvier 1869,

7. qu'en 1[e] ligne les défendeurs contestent l'admissibilité de l'action hypothécaire, alléguant que le jugement du 15 Décembre 1868 n'a pas été exécuté dans les six mois (art. 156 C. Proc. Civ. franç.), qu'il est en conséquence périmé et que l'inscription manque de base; mais que cette objection n'est point fondée puisqu'avant l'expiration du délai de six mois Berbier a volontairement exécuté le juge-

ment et que l'exécution volontaire de la part d'un obligé solidaire, de même que l'exécution forcée, empêche la péremption à l'égard des autres obligés; qu'au surplus, par déclaration datée du 18 Février 1869, Ignace Chavanne, Germain Chavanne et Henri-Joseph Berbier ont acquiescé au jugement et dispensé le créancier de toute exécution ultérieure,

8. que de l'ensemble des témoignages produits il résulte que le 9 Septembre 1869 Berbier s'est rendu à Zurich et a pris possession de divers articles de ruolz et d'orfévrerie déposés chez le S[r] Holzhalb par Ignace Chavanne, débiteur principal, et dont la valeur, du consentement de ce dernier, devait être imputée sur les fr. 3278. 25 payés à Neuhaus; que dans l'état du 9 Septembre 1869, signé par Berbier, la valeur estimative desdits objets est fixée à fr. 1176. 25, somme qui, d'après Holzhalb, représente le prix réel de facture; qu'il y a lieu dès lors de déduire cette somme de la créance primitive qui se trouvait ainsi réduite à fr. 2102, non compris les intérêts,

9. que les héritiers Berbier ne peuvent exercer leur action hypothécaire contre les tiers-détenteurs pour la totalité de ce solde; qu'en effet:

*a)* aux termes de l'art. 2033 C. Civ. la caution qui a acquitté la dette n'a recours contre les autres cofidéjusseurs que pour la part et portion de chacun d'eux, et ce bien que par le fait du paiement elle soit subrogée aux droits du créancier (art. 1251 n° 3 ib.), la subrogation ne lui attribuant en pareil cas l'ancienne créance que sous déduction de sa propre part, éteinte par confusion,

*b)* Berbier ne pouvait ainsi réclamer de son cofidéjusseur Germain Chavanne que la moitié de la perte éprouvée, soit du solde de fr. 2102, et c'est pour cette moitié seulement qu'il aurait pu faire valoir son action sur les immeubles grevés de l'inscription judiciaire, si ces immeubles n'étaient pas sortis du patrimoine de Germain Chavanne,

*c)* les défendeurs étant les ayants cause à titre particulier de Germain Chavanne, la créance dont ils ont à répondre comme tiers — détenteurs ne doit évidemment pas excéder celle dont leur auteur serait tenu soit personnellement, soit hypothécairement, de sorte que l'exercice du droit de suite se restreint en capital à fr. 1051,

10. que l'art. 2151 C. Civ., à teneur duquel il n'est dû collocation au créancier hypothécaire que pour deux années d'intérêts et pour l'année courante, fait règle quand il s'agit de l'action dirigée contre le tiers — détenteur; que la sommation prévue par l'art. 2169 C. Civ. a été notifiée le 3 Juillet 1875; que partant les demandeurs ne peuvent porter en compte que les intérêts dès le 31 Mai 1873,

11. que, selon les demandeurs, tous les immeubles acquis de Jean-Pierre Chavanne le 16 Février 1869 par la Compagnie du Chemin de fer Porrentruy-Delle, seraient compris dans la vente intervenue le 29 Décembre précédent entre Germain et Jean-Pierre Chavanne; mais que cette allégation est inexacte en ce qui concerne la propriété inscrite Sect. D nº 321, l'acte même du 16 Février 1869 constatant que Jean-Pierre Chavanne l'avait recueillie dans le partage de la succession de son père le 28 Janvier 1865,

12. que l'immeuble inscrit Sect. D nº 260, détenu en partie par la Compagnie défenderesse, en partie par Magnet, ne figure point dans l'acte du 29 Décembre 1868 et que les demandeurs ne prouvent nullement qu'il fût en la possession de Germain Chavanne à la date du 8 Janvier 1869,

13. que la masse d'Ignace Chavanne, actionnée comme débitrice principale, n'est plus actuellement en cause,

la Cour d'Appel et de Cassation, confirmant dans ses parties essentielles le jugement de Iᵉ instance, adjuge aux demandeurs Célestin Berbier et consorts le 1ᵉʳ chef de leurs conclusions pour une somme principale de fr. 1051 et pour les intérêts au 6 % dès le 31 Mai 1873, en tant que ce chef de conclusions est dirigé contre la Compagnie du Jura-Berne, Pierre Spahr et Ignace Turberg, déboute les demandeurs du surplus de ce chef à l'égard des mêmes défendeurs, adjuge aux demandeurs le 2ᵈ chef de leurs conclusions, leur adjuge les chefs nᵒˢ 3 et 5 à l'égard de la Compagnie du Jura-Berne, de Pierre Spahr et d'Ignace Turberg, sauf en ce qui concerne les immeubles inscrits Sect. D nᵒˢ 321 et 260, possédés par la Compagnie du Jura-Berne, les déboute des chefs nᵒˢ 1, 3 et 5 en tant qu'ils sont dirigés contre Magnet, déclare qu'il n'y a pas à statuer sur le 4ᵉ chef de la demande.

**8. Droit de passage. — Détermination de l'étendue et du mode d'exercice de la servitude. — Insuffisance du titre constitutif. — Suppression d'ouvrages établis par le propriétaire du fonds servant.**

Félix Bonaccio contre Charles et Angelo-Virgile Bonaccio.

(11 Décembre 1879.)

I. Conclusions du demandeur Félix Bonaccio, propriétaire à St. Imier:

Plaise au Tribunal du District de Courtelary:

1. reconnaître que, suivant acte du 23 Avril 1873, il a été constitué en sa faveur une servitude de passage pouvant s'exercer à pied et à chars depuis sa propriété à travers celle des défendeurs, jusqu'à la rue du Puits,

2. condamner les défendeurs à respecter la servitude en question,

3. les condamner à enlever tous les ouvrages et matériaux (notamment une paroi ou cloison en planches) qui obstruent le passage auquel le demandeur a droit,

4. les condamner à payer au demandeur des dommages-intérêts à raison du préjudice qu'ils lui causent.

II. Conclusions des défendeurs Charles et Angelo-Virgile Bonaccio, propriétaires au même lieu:

Sous offre de souffrir à l'avenir comme par le passé l'exercice de la servitude de passage existant sur leur propriété en faveur de celle du demandeur, dans les limites de l'acte constitutif de ladite servitude du 23 Avril 1873, les défendeurs concluent au rejet de la demande.

III. Arrêt de la Cour:

Considérant:

1. que par acte du 23 Avril 1873, passé devant Me Kæsermann, notaire à St-Imier, J. J. Bœschenstein a vendu au demandeur Félix Bonaccio *a)* une maison d'habitation à deux étages, renfermant quatre appartements, située au village de St-Imier, lieu dit « à la volan », *b)* un jardin au midi de cette maison, *c)* les aisances et dépendances, — le tout limité au nord par les deux bâtiments avec aisances

et dépendances que les défendeurs Charles et Angelo-Virgile Bonaccio acquéraient du même vendeur suivant contrat du même jour,

2. que l'acte d'acquisition de Félix Bonaccio porte: «Il est constitué par les frères Charles et Angelo-Virgile Bonaccio sur les immeubles à eux vendus par Mr Bœschenstein et à l'endroit situé entre les deux bâtiments désignés dans le contrat de vente qui sera passé aujourd'hui, en faveur des immeubles vendus au présent, une servitude de passage, pour être exercée à pied et à chars, depuis la propriété dominante jusqu'à la rue du Puits et vice versa, et sans que jamais et en aucun cas ce passage puisse être obstrué d'une manière quelconque et sans que jamais l'on puisse y établir quoi que ce soit ou y faire des constructions qui empêcheraient ou entraveraient l'exercice de ce droit de passage»,

3. que les défendeurs — dont l'acte d'acquisition renferme une clause identique — ne contestent pas l'existence du droit de passage, mais que le litige a trait uniquement à l'étendue et au mode d'exercice de la servitude,

4. que le titre constitutif qui devrait faire règle (art. 686 2d alin. et 702 C. Civ.) ne s'exprimant pas en termes précis à cet égard et les parties n'ayant articulé aucun fait ni administré aucune preuve touchant la manière dont le passage s'est exercé de 1873 à 1876, il y a lieu de rechercher quelle était l'intention commune des contractants lorsque la servitude a été constituée, intention qui doit se déterminer en particulier d'après l'état des propriétés à cette date, leur position respective, la destination et les besoins du fonds dominant,

5. qu'il résulte de l'inspection supérieure et de l'expertise qu'à raison de l'escalier reliant à la rue du Puits la cour intérieure qui sépare les propriétés des parties, un passage «à chars» de la maison du demandeur à la rue du Puits est impraticable; que le demandeur pose lui-même en fait que cet escalier existait déjà le 23 Avril 1873; qu'ainsi, en réservant un passage «à chars», l'acte dudit jour a stipulé au profit du fonds de Félix Bonaccio une servitude qui ne pouvait matériellement être utilisée et qu'en conséquence, tant que l'escalier subsistera, cette stipulation sera sans portée pour la fixation des droits du demandeur,



6. qu'à l'époque où Félix Bonaccio est devenu propriétaire, l'immeuble acquis de J. J. Bœschenstein était exploité et desservi comme maison d'habitation; que par la constitution de la servitude les contractants ont eu pour but de créer ou de maintenir une communication directe entre cet immeuble et la rue du Puits et de permettre à Bonaccio et à ses locataires de se rendre dans la partie centrale du village sans faire un circuit par la rue du Coin-dessous; qu'un passage établi dans ce but devait nécessairement s'effectuer depuis la porte d'entrée de la maison au pied de l'escalier et que la présomption la plus naturelle, en l'absence de preuves ou d'indices contraires, est que le passage ne s'exerçait point obliquement, suivant une ligne brisée et irrégulière se dirigeant d'abord du côté de la fontaine, — mais en ligne droite, pour autant du moins que la configuration des lieux ne s'y opposait pas,

7. que la porte d'entrée se trouvait, lors de l'acquisition du 23 Avril 1873, à l'angle nord-est de la maison; qu'un trajet direct de ce point à l'escalier n'aurait pu s'exercer commodément, vu la saillie figurant sous litt. B du plan joint aux actes, de sorte que l'on doit admettre, comme direction présumée, une ligne partant de l'ancienne porte d'entrée et aboutissant vers le milieu de l'espace A B compris entre les deux bâtiments des défendeurs (v. le plan), pour atteindre de là le pied de l'escalier,

8. que la paroi, objet du litige, met obstacle au passage ainsi déterminé; qu'en érigeant cette nouvelle construction les défendeurs, propriétaires du fonds servant, ont contrevenu à la clause prohibitive du titre constitutif et aux dispositions de l'art. 701 C. Civ. et que dès lors le demandeur est en droit de réclamer l'enlèvement de toute la portion de paroi qui entrave l'usage de la servitude; que sous ce rapport l'avis des experts n'a aucune force obligatoire puisqu'au lieu de se prononcer sur les faits articulés en procédure, les experts ont tranché la question même que l'autorité judiciaire est appelée à résoudre; que rien ne prouve d'ailleurs que les parties aient entendu, comme ils l'admettent, attribuer au passage sur tout son parcours une largeur mathématique et invariable, égale à la distance A B du plan; — que l'exercice normal et régulier du passage, tel qu'il a été constitué, nécessite la suppression de la paroi sur une longueur de trois mètres à partir de son extrémité occidentale,

9. que le demandeur ne prouve point et qu'il n'allègue même pas qu'un dommage lui ait été causé par les défendeurs,

la Cour d'Appel et de Cassation, en modification partielle du jugement de 1e instance, adjuge au demandeur les deux premiers chefs de ses conclusions en tant qu'ils sont contestés, lui adjuge le 3e chef en ce sens que les défendeurs sont condamnés à enlever la paroi par eux érigée près de la ligne séparative de leur propriété et de celle du demandeur, sur une longueur de trois mètres à partir de l'extrémité occidentale de ladite paroi, déboute le demandeur du surplus de ce chef, le déboute du 4e chef de ses conclusions et compense les frais.

**9. Eaux souterraines alimentant un puits. — Servitude acquise par prescription. — Ses effets. — Alimentation diminuée par l'établissement d'un 2d puits sans communication directe avec le 1er.**

Henri Miserez contre Joseph Humaire.

(15 Janvier 1880.)

En 1875 un procès s'engagea entre Henri Miserez et Joseph Humaire à la suite de travaux opérés par ce dernier sur le pâturage communal de Lajoux en vue de l'établissement d'un puits et d'une conduite d'eau pour sa scierie. Miserez articulait en demande ce qui suit: Près de sa maison, lieu dit « aux Cerpoinçats », ban de Lajoux, sur le pâturage communal, se trouve un puits servant à alimenter d'eau les habitants de cette maison et leur bétail. Ce puits, d'une profondeur d'environ 13 pieds, surmonté d'une voûte formant monticule, a été construit il y a plus de 40 ans. Il a toujours été alimenté par une source souterraine existant dans le sous-sol du pâturage; en toute saison il était abondamment pourvu d'eau. Depuis les fouilles faites par le défendeur à une distance approximative de 30 pieds, l'eau a sensiblement diminué; elle ne s'élève plus qu'à environ 3 pieds. Cette diminution est la conséquence des travaux effectués, travaux qui n'ont pu se poursuivre, le puits nouvellement creusé ayant été comblé pendant la nuit par une main inconnue. De là résulte pour

le demandeur un préjudice considérable. Si la commune de Lajoux a, par décision du 22 Mai 1875, autorisé le défendeur à établir un puits, c'est avec la réserve formelle qu'en cas d'opposition de la part du propriétaire des Cerpoinçats, Humaire prendrait tout à sa charge, sans qu'elle pût être inquiétée à cet égard. Les conclusions du demandeur tendent à ce qu'il soit dit et reconnu: 1° que le défendeur Humaire n'avait pas le droit, en creusant le puits dont s'agit, de priver Miserez de l'eau qu'il possédait depuis un laps de temps excédant de beaucoup 30 années, ni de diminuer sensiblement cette eau, 2° qu'il est tenu de remettre les lieux dans leur état antérieur, 3° qu'il paiera des dommages-intérêts pour le préjudice causé. — Tout en faisant observer qu'à l'origine le puits de Miserez était destiné à recevoir les eaux pluviales, qu'il est alimenté non seulement par des eaux souterraines, mais par celles qui s'y déversent depuis la cave de la maison après de longues pluies ou des fontes de neige et que souvent l'eau diminue et disparaît même en temps de sécheresse, Humaire dénie dans sa défense que les travaux de creusage — qui n'ont atteint qu'une profondeur de 14 pieds — aient eu les effets indiqués par le demandeur; il allègue au contraire qu'aucune communication n'existe entre les deux puits, que l'eau n'a point diminué dans celui de Miserez, qu'elle est restée et se trouve encore au même niveau qu'avant les fouilles. — Au vu des preuves administrées et en particulier de l'expertise dont le résultat ne confirmait nullement les allégations de Miserez, le tribunal de Moutier avait rejeté la demande. — La Cour, après avoir sur requête de l'appelant ordonné une inspection des lieux et une expertise supérieures, a statué comme suit le 15 janvier 1880:

Considérant:

1. que les conclusions principales du demandeur (chefs nos 1 et 2) ont pour objet, d'une part de maintenir, tel qu'il a été exercé jusqu'ici, son droit sur les eaux souterraines qui alimentent son puits, d'autre part de faire reconnaître que le défendeur n'est pas autorisé à diminuer l'ancienne affluence de ces eaux,

2. que le demandeur devait ainsi établir:

*a*) qu'il existe en faveur de son héritage (maison avec dépendances), situé aux Cerpoinçats, une servitude

sur le fonds voisin, soit le pâturage communal de Lajoux, ayant pour effet d'obliger le propriétaire de ce dernier à souffrir l'alimentation du puits du demandeur par les veines d'eau souterraines existantes, et à ne rien faire ou laisser faire qui pourrait empêcher celles-ci de se déverser dans le puits comme par le passé,

*b)* que les fouilles pratiquées par le défendeur avec l'autorisation de la commune bourgeoise de Lajoux ont pour conséquence de priver en tout ou en partie le puits du demandeur de l'eau qui l'alimentait jusqu'alors,

3. que la preuve de l'acquisition du droit de servitude par prescription a été apportée au procès; qu'en effet:

*a)* il s'agit d'une servitude apparente et continue qui, aux termes de l'art. 690 C. Civ., peut s'acquérir par la possession trentenaire,

*b)* suivant les dépositions de deux témoins, le puits en question a déjà été construit environ 40 ans avant l'introduction de l'instance actuelle, avec l'autorisation de la commune bourgeoise de Lajoux, et il a été utilisé depuis cette époque sans aucun trouble,

*c)* il est vrai que, lors de cette construction, on n'avait d'abord en vue que de rassembler dans une citerne les eaux pluviales venant du toit, mais pendant les travaux on découvrit une eau souterraine qui, bien que ne pouvant être qualifiée de source et étant envisagée par les experts comme produite par «une succion d'eau interrompue» et peut-être par «un faible dégouttement de filets intermittents», a cependant donné au puits du demandeur une nature qui le distingue essentiellement de presque tous les autres puits de la contrée, alimentés directement par les eaux pluviales; cette circonstance était connue puisque, dans les temps de sécheresse, les habitants du village de Lajoux venaient chercher de l'eau dans ce puits, et ainsi les représentants de la commune propriétaire étaient en état de prendre en temps utile des mesures contre une acquisition par prescription,

*d)* aucune précaution de ce genre n'a été observée et il ressort de la réserve faite par l'assemblée communale lorsqu'elle autorisait, en date du 22 Mai 1875, le défendeur Joseph Humaire à pratiquer des fouilles,

qu'on prévoyait alors que le propriétaire des Cerpoinçats s'opposerait à celles-ci en se fondant sur un droit acquis,

4. qu'en ce qui concerne la lésion de ce droit par le défendeur, les experts nommés en instance supérieure, basés sur leurs expériences et sur des recherches géologiques complètes, ont établi que la construction d'un puits à l'endroit où Joseph Humaire a pratiqué des fouilles en 1875, devrait nécessairement avoir pour effet d'amoindrir les filets d'eau alimentant le puits du demandeur, ce qui équivaudrait à une diminution sensible de la valeur de sa propriété,

5. que, si l'on n'a pu prouver une diminution de l'eau existant dans le puits du demandeur à l'époque des fouilles susvisées, cette circonstance n'est pas relevante, attendu que les experts déclarent qu'une fois que l'eau a pénétré dans ce puits, elle n'en peut être enlevée que par le puisage,

6. que, relativement au 3e chef de conclusions de la demande, l'existence d'un préjudice déjà éprouvé est d'autant moins constatée que le puits du défendeur a été aussitôt comblé par une main inconnue et que la maison Miserez a été consumée par les flammes pendant le cours du procès,

la Cour d'Appel et de Cassation, réformant le jugement de 1re instance, adjuge au demandeur les 1er et 2e chefs de ses conclusions et le déboute du 3e.

---

*Observation.* Le litige portait essentiellement sur la question de savoir si les travaux entrepris par Humaire avaient eu pour conséquence, selon les termes de l'arrêt (mot. 2 litt. b), « de priver en tout ou en partie le puits du demandeur de l'eau qui l'alimentait jusqu'alors », question que la Cour a résolue affirmativement en se fondant sur les résultats de l'expertise supérieure. Le rapport des experts ne vaut comme vérité juridique et ne peut lier le juge (art. 194 C. Pr. Civ.) que s'il renferme des conclusions précises, nettement formulées, déduites de motifs concordants et donnant une réponse explicite aux faits à établir. Or le procès-verbal des 30 Août — 1er Septembre 1879 est

loin, selon nous, d'avoir ce caractère; il constate en outre une divergence sensible entre les opinions individuelles des experts, chacun d'eux ayant recours à une hypothèse différente pour expliquer ce qu'ils appellent « une communication *négative* ou *indirecte* par diminution de l'alimentation ». D'un autre côté, de leur propre aveu, « une déduction *directe* d'eau d'un puits dans l'autre, soit par découlement, soit par dégouttement . . . . , soit par suppuration, n'est pas prouvée et peu probable ». Il résulte enfin de l'audition des témoins qu'aucun abaissement de niveau n'a été remarqué au moment du creusage, et quatre ans plus tard, ensuite des dernières constatations officielles, la hauteur de l'eau dans le puits de Miserez dépassait le niveau normal. — Aussi la solution admise par la Cour a-t-elle donné lieu à de sérieuses objections lors des débats. Une minorité était d'avis de considérer comme non établi le fait fondamental de la demande et de maintenir le prononcé de 1re instance. Cette minorité faisait de plus valoir, à titre d'argument subsidiaire, qu'en supposant que la preuve d'une diminution, actuelle ou future, imputable au défendeur, eût été administrée, l'action n'en serait pas moins inadmissible. Il est généralement reconnu que le propriétaire qui creuse un puits sur son fonds ne peut être recherché, bien que les fouilles aient pour effet de couper les veines ou filets d'eau alimentant une source voisine (L. 24, § 12, Dig. de damno infecto. — Pardessus, Traité des servitudes, I p. 175, 186—187, 209—210, 333. — Aubry et Rau, Cours de droit civil franç. II p. 198 et III p. 42. — Sirey, Codes annotés, ad art. 641 n° 7, cf. ad art. 552 n°s 9 et 10, et 643 n° 2). Ne doit-il pas en ~~être~~ de même quand les travaux sont exécutés, non par le propriétaire du fonds, mais par un tiers avec son autorisation expresse, et dès lors les droits dérivant de la servitude à l'égard de ce tiers, tels que les détermine l'arrêt du 15 Janvier 1880, ne sont-ils pas trop étendus? J.

# Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Luzern vom Jahre 1881.

Mitgetheilt von Oberrichter Dr. Carl Attenhofer.

---

## 1. Zur Frage der Haftbarkeit des Vaters aus Delikten des Hauskindes (§ 725 des b. G.-B.).

Unterm 1. März 1879 verwundete der 15jährige Knabe des Johann J. vermittelst eines Pistolenschusses den Knaben des Johann J. derart, daß die Verletzung innert 30 Tagen noch nicht geheilt war und eine wahrscheinlich bleibende, wenn auch nicht sehr auffällige Entstellung des Gesichtes nach sich ziehen wird. Der Knabe des Johann J. wurde dann im Wege statthalteramtlicher Abwandelung wegen schwerer Körperverletzung aus Fahrlässigkeit zu einer Geldbuße von Fr. 60 und Ersatz des gestifteten Schadens und Tragung der Kosten verurtheilt. Der Vater des verletzten Knaben belangte nun persönlich den Vater Johann J. und zwar in Hinsicht auf § 725 des b. G.-B. für den daherigen Schaden.

Obergerichtlich wurde aber Kläger mit seiner Schadensersatzforderung abgewiesen.

Motive:

Was die Frage betrifft, ob für die Folgen der angeführten Körperverletzung auch der beklagte Vater Johann J. aufzukommen habe, so kann dieselbe vorliegend, da ein unmittelbares Verschulden dieses Letztern nicht behauptet wird, zum Vorneherein nur aus dem Gesichtspunkte des § 725 des b. G.-B. in Betracht fallen. Hienach „gebührt bei Schadenszufügungen durch Wahn- oder Blödsinnige oder Kinder dem Beschädigten der Ersatz von denjenigen Personen, denen der Schaden wegen Vernachlässigung der ihnen über solche Personen anvertrauten Obsorge beigemessen werden kann." Diese Gesetzesstelle greift nun im gegebenen Falle aus folgenden Gründen nicht Platz:

a. Vorab bezieht sich dieselbe ihrem Wortlaute und Zusammenhange nach offenbar zunächst auf solche Personen, welchen ihre Handlungen, sei es zufolge ihres Alters (Kinder), sei es aus andern Ursachen (Wahn- und Blödsinn), nicht zugerechnet werden können; es trifft daher der citirte § 725

schon aus diesem Gesichtspunkte vorliegend nicht zu, indem der Knabe des Beklagten zur Zeit der fraglichen Körperverletzung bereits 15 Jahre alt und — wie aus der Thatsache, daß derselbe die Realschule besuchte, zu schließen ist, — geistig normal entwickelt war, im Uebrigen derselbe auch für sein Vergehen strafrechtlich geahndet worden ist.

b. Sodann ist in keiner Weise nachgewiesen, daß dem Beklagten im gegebenen Falle eine Vernachlässigung der ihm obliegenden Obsorge zu Schulden komme; es ergibt sich vielmehr im Gegentheil aus den Akten, daß derselbe nicht einmal Kenntniß davon hatte, daß sein Sohn im Besitze einer Pistole sich befand. (O.-G., 11. Jänner 1881, Nr. II.

**2. Zur Interpretation des § 684 des b. G.-B. Condictio indebiti oder condictio sine causa? Pflicht zur Nachladung am Konkurse.**

Fridolin W. fordert von Kaspar K. den Betrag v. Fr. 1855. 50 nebst Zins ein und begründet sein Klagebegehren im Wesentlichen mit Folgendem:

a. Im Jahre 1867 habe Kläger von einer Familie A. das Heimwesen „Gütsch" gekauft, wobei sich eine Kaufrestanz von Fr. 16,851. 92 ergeben habe. Von dieser Kaufrestanz sei bei einer Theilung zwischen Wittwe A. und ihren Kindern der erstern als Nutznießungskapital zugewiesen worden:

| | | |
|---|---|---|
| aa. | Restanz von neu zu errichtenden Gülten (welche nicht errichtet wurden) . . . . . . . . . . | Fr. 1100. — |
| bb. | an Kaufszahlungen auf 16. März 1871, 1872 und 1873, je Fr. 700, . . . . | „ 2100. — |
| | Summa | Fr. 3200. — |

b. Dieses Guthaben habe Kläger auf erfolgte Einforderung bezahlt und zwar:

aa. an das Geschäftsbüreau S. und Comp. per Abtretung von Bannwart G. als Beistand der Wittwe A. einen Betrag (Zinsbetreffniß inbegriffen) von Fr. 1855. 50,

bb. die Restanz an genannten Beistand selbst.

c. Nachdem Beistand G. später in Konkurs gefallen, klagte Wittwe A. das fragliche Nutznießungsguthaben nochmals ein, mit Berufung darauf, es sei die erfolgte Zahlung nicht in gültiger Weise geleistet worden. Durch rechtskräftiges Urtheil vom 7. Juni

1878 wurde dann der heutige Kläger zur nochmaligen Bezahlung dieses Antheiles Kaufsrestanz verhalten.

d. Es habe sonach Kläger jene Zahlung an das Geschäftsbüreau S. und Comp. ohne Rechtsgrund geleistet und müsse Beklagter als früherer Antheilhaber dieses Geschäftsbüreau zur Rückerstattung des in solcher Weise Bezahlten verhalten werden.

Beklagter schließt auf gänzliche Abweisung des Klagebegehrens, denn:

a. vorab sei Beklagter passiv nicht legitimirt; es habe sich Kläger an Jg. S., mit welchem er in fraglicher Angelegenheit verkehrt, zu halten;
b. die Klagethatsachen, welche übrigens mit Nichtwissen bestritten werden, vermögen den eingeklagten Anspruch nicht zu begründen;
c. auch wenn dem Kläger ein Forderungsrecht gegenüber dem Beklagten ursprünglich in behaupteter Weise zugestanden wäre, so habe er dasselbe durch nachherige formelle Unterlassungen wieder verwirkt.

Obergerichtlich wurde die Forderung des Klägers gut erkennt.

Motive:

1. Was nun vorab die Einrede der mangelnden Passivlegitimation betrifft, so erscheint dieselbe als grundlos. Die Quittung vom 3. November 1872 wurde nicht von Jg. S. persönlich, sondern von diesem mit der Firma-Unterschrift „Jg. S. u. Comp." ausgestellt. Da nun gemäß § 7 des „Societäts-Vertrags" zwischen Beklagtem und Jg. S., alle von einem der Gesellschafter mit obiger Firma unterzeichneten Akten für die Societät verbindlich waren, und diese Verbindlichkeit unter den einzelnen Gesellschaftsgliedern gemäß § 684 z. E. des b. G.-B. von Gesetzes wegen als eine solidarische zu behandeln ist, so war Kläger berechtigt, sich mit dem eingeklagten Anspruch an den Beklagten, als Antheilhaber der genannten Firma, bezw. an den Beklagten allein zu halten (§ 77 des Civilr.-V.).

2. In der Sache selbst ist durch die Prozeßakten in Sachen Wittwe A. gegen den heutigen Kläger und das daherige gerichtliche Urtheil vom 7. Juni 1878 der Nachweis erbracht, daß Kläger die fragliche Zahlung von Fr. 1855. 50 zur Zeit an S. und Comp. als Cessionare des Beistandes G. abgeführt hat, und daß er sodann, mit Rücksicht darauf, daß es sich dießfalls um ein Nutznießungskapital handelte, welches nur an den Eigenthümer

rechtsgültig bezahlt werden konnte, durch fragliches Urtheil verhalten worden ist, den Antheil Kaufsrestanz nochmals zu bezahlen.

Es muß nun in erster Linie gefragt werden, unter welchen rechtlichen Gesichtspunkt die vorliegende Klage zu bringen sei?

Wenn Kläger sich in dieser Beziehung auf den Standpunkt stellt, es sei mit der Zahlung an S. und Comp. seinerseits eine Nichtschuld bezahlt worden, so ist dieses nach Maßgabe des in Rede stehenden obergerichtlichen Urtheils allerdings richtig. Allein daraus folgt nun noch nicht, daß Kläger berechtiget sei, das in dieser Weise Bezahlte vom Empfänger ohne Weiteres zurückzufordern.

Eine wesentliche Voraussetzung der Rückforderungsklage für eine bezahlte Nichtschuld (condictio indebiti) ist, daß das Bestehen einer Verbindlichkeit vom Zahlenden zufolge eines entschuldbaren Irrthums angenommen worden war (s. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 4. Aufl., Bd. II, § 426). Vorliegend behauptet nun Kläger allerdings, es sei ihm nicht bekannt gewesen, daß der fragliche Antheil Kaufsrestanz der Wittwe A. bloß als Nutznießungskapital angewiesen worden war. Allein wenn auch beim Kläger ein solcher Irrthum vorwalten mochte, so stellt sich dieser immerhin nicht als ein entschuldbarer dar; denn derselbe hatte die Liegenschaft Gütsch von den Geschwistern A., d. h. den Erben I. Klasse des J. A. sel. gekauft, und mußte sonach wissen, daß der Wittwe A. auf die daherige Kaufrestanz nur ein Nutznießungsanspruch zustehen könne. Daß aber für solche Kapitalien, auch wenn sie während der Dauer der Nutznießung abgelöst werden, der Nutznießer nicht bezugsberechtiget ist, geht aus der gesetzlichen Bestimmung des § 344 des b. G.-B. hervor.

Dagegen ist vorliegende Rückforderungsklage unter dem Gesichtspunkte der condictio sine causa zu beschützen. Durch das gerichtliche Urtheil vom 7. Juni 1878 ist festgestellt, daß Kläger die Zahlung an S. und Comp. ohne Rechtsgrund geleistet, beziehungsweise diese die klägerische Leistung ohne Rechtsgrund empfangen haben, da ihr Cedent zum Bezuge des abgetretenen Guthabens und daher auch zur Verfügung über dasselbe nicht berechtiget war. Da nun dieses auf Kosten des Klägers geschehen ist, indem Letzterer in der Folge zur nochmaligen Leistung des bereits Bezahlten verhalten wurde, so ist derselbe zufolge der condictio sine causa berechtiget, das ohne Rechtsgrund Bezahlte vom Empfänger wieder zurückzufordern (vergl. hierseitiges Präjudikat vom 21. Jänner 1880 in Sachen M. gegen K.).

3. Zu den selbständigen beklagtischen Einreden, welche wesentlich darauf hinzielen, es sei eventuell das klägerische Forderungsrecht verwirkt, ist Folgendes zu bemerken.

a. Allerdings hätte Kläger bei der Zahlung an S. und Comp. einen Ausweis über die Bezugsberechtigung derselben, beziehungsweise ihres Cedenten verlangen können; allein das Gleiche gilt auch, und zwar in erster Linie, von den Cessionaren S. und Comp., deren Sache es gewesen wäre, einen gehörigen Ausweis Seitens ihres Abtreters zu verlangen.

b. Die Unterlassung, den Beklagten an den Konkurs über Jos. G. nachzuladen, ist bedeutungslos, da ein Forderungsrecht des Klägers an Jos. G. und damit auch ein Regreßverhältniß gegenüber dem Beklagten damals noch gar nicht bestand. Zudem war vorliegend der Fall einer Regreßpflicht überhaupt nicht vorhanden, da Kläger sich ohne Weiteres an den Beklagten halten konnte und das Schuldverhältniß dieses Letztern mit Bezug auf die Person G. nicht ein bloß subsidiäres war. (Obergericht, den 12. Jänner, Nr. 5.)

**3. Erbschaftsverkauf. Derselbe enthält keine Gesammtnachfolge oder eine Cession im juristisch-technischen Sinne. — Glücksvertrag. Traditio brevi manu beim Stellvertretungsbesitz.**

Unterm 15. Februar 1879 stellte Maurer Jos. Z. zu Gunsten des Friedrich Pf. folgenden Akt aus: „Der Unterzeichnete Jos. Z., Maurer, tritt anmit dem Friedrich Pf. in Luzern als volles Eigenthum ab sein Erbsantheil an der Verlassenschaft des verstorbenen alt Gemeindeschreiber Z. in Weggis mit allen ihm als Erben zustehenden Rechten, und ist heute dafür ausgewiesen und bezahlt worden."

Datum. Unterschrift.

Vor dem Theilungsoffizium W. fand unterm 17. April die endgültige Theilung über die Verlassenschaft des alt Gemeindeschreiber Z. sel. statt, laut welcher der Erbsantheil des Maurers Jos. Z., angewiesen an Gülten und Baarschaften, Fr. 1362. 18 betrug. Da nun bald darauf der Miterbe Maurer J. an den Konkurs gerieth, so wurde auf das fragliche Erbsguthaben nicht nur von Seite des Friedrich Pf., zu dessen Gunsten der oben angeführte Akt ausgestellt war, sondern auch von der Konkursmasse

des Maurer Jos. Z. Anspruch erhoben, in Folge dessen ein Prozeß zwischen den genannten Ansprechern entstand.

In diesem Prozesse trat Friedrich Pf. klagend gegen die Konkursmasse des Jos. Z. auf. Das Rechtsbegehren des Klägers geht dahin: Die Beklagte sei gehalten, anzuerkennen, daß Kläger allein zu der dem Abtreter Jos. Z. aus dem Nachlasse des alt Gemeindeschreiber Z. sel. zukommenden Erbsquote berechtigt und in Folge dessen befugt sei, besagten Erbstheil an die Hand zu nehmen und darüber zu verfügen.

Die Konkursmasse des Jos. Z. dagegen schloß in der Rechtsantwort auf Abweisung des klägerischen Rechtsbegehrens und dahin, daß die fragliche Erbsquote der Beklagtschaft als Eigenthum zu überlassen sei.

Zur Begründung dieses letztern Rechtsbegehrens wird von der Beklagtschaft geltend gemacht, dem Akte, auf welche sich die klägerische Reklamation stütze, fehle jede rechtsbegründende Kraft, und eine Uebergabe an Kläger habe nicht stattgefunden.

Obergerichtlich wurde das klägerische Begehren abgewiesen, dagegen dasjenige der Beklagtschaft guterkennt.

## Motive:

Zur rechtlichen Natur des in Rede stehenden sog. Abtretungsgeschäftes ist vorab zu bemerken, daß es sich hiebei um eine Veräußerung einer Erbschaft mit onerosem Charakter (Erbschaftskauf) handelt. Dieses ergibt sich einmal aus der Person des sog. Abtreters, welcher Miterbe zum Nachlasse des am 15. März 1878 verstorbenen alt Gemeindeschreiber Z. ist, sodann aus dem Objekte der sogen. Abtretung, als welches der Erbsantheil des Abtreters an fraglicher Verlassenschaft bezeichnet wird, und endlich aus dem Schlußsatze des Aktes, wodurch der sog. Abtreter bezeugt, für das abgetretene Guthaben ausgewiesen und bezahlt zu sein. Wenn sodann gefragt werden muß, nach welchen rechtlichen Grundsätzen derartige Rechtsgeschäfte beurtheilt werden müssen, so ist daran festzuhalten, daß der Erbschaftskauf als solcher weder eine Gesammtnachfolge (Universalsuccession) noch eine Cession im juristisch-technischen Sinne begründet.

Eine Gesammtnachfolge kann nicht angenommen werden, weil der Erwerber nicht die Erbschaft als solche erwirbt, sondern bloß in die einzelnen zu derselben gehörigen Vermögensverhältnisse und zwar nach den hiefür geltenden besondern Uebergangsarten eintritt. (Vgl. Windscheid, Lehrbuch der Pandekten, 4. Auflage, Band III, § 621, S. 285, 286.)

Auch die Lehre der Cession als Uebertragung bloßer Forderungsrechte kann auf den Erbschaftskauf als solchen nicht Anwendung finden, weil der Begriff der Cession, gemäß der im § 741 des b. G.-B. aufgestellten Legaldefinition wesentlich eine Forderung voraussetzt. Es ist nun zwar allerdings richtig, daß betreff der Erbschaftsforderung mit dem Erbschaftskaufe eine sogen. fingirte Cession (cessio necessaria) sich vollzieht. Vorliegend handelt es sich aber um keine der fraglichen Verlassenschaft zustehende Forderung. Denn es wird von den Litiganten nicht eine Erbschaftsforderung eingeklagt, sondern das Eigenthumsrecht auf eine bestimmte Erbsquote geltend gemacht und Aushändigung derselben verlangt. Wenn nun aber auf den Erbschaftskauf als solchen weder der erbrechtliche Begriff der Gesammtnachfolge, noch der obligatorische der Cession Anwendung findet, so ist die natürliche rechtliche Consequenz die, daß der Erbschaftskäufer das Eigenthum an den Erbschaftssachen erst durch die Tradition erwirbt. Hieraus folgt, daß die klägerische Reklamation nur insofern gerichtlich zu beschützen ist, als die Requisiten, welche zur Begründung des Eigenthumsanspruches beim derivativen Eigenthumserwerb nothwendig sind, also nicht nur allein ein justus titulus, sondern auch die Tradition vom Kläger nachgewiesen werden kann.

In Bezug auf den Titel, welchen Kläger für seinen Eigenthumsanspruch auf das streitige Guthaben geltend macht (sogen. Abtretungsakt vom 15. Februar 1879), wenden Beklagte unter Anderm ein, es werden durch denselben nicht bestimmte Vermögensstücke in einer bewußten Werthsumme abgetreten, sondern ganz allgemein das Erbe, dessen Werthbetrag zur Zeit des Vertragsabschlusses noch nicht bekannt sein konnte; es fehle somit der Consens der Parteien über die Qualität und den Werth des Abtretungsobjektes. Diese Einrede ist jedoch unstichhaltig. Allerdings war der Werth des Abtretungsobjektes zur Zeit des Vertragsabschlusses noch nicht ausgemittelt, insofern nämlich der Vertragswille auf das objektiv noch unbestimmte Vertragsobjekt als solches gerichtet war. Das vorliegende Rechtsgeschäft fällt daher unter die Kategorie der sog. gewagten Geschäfte (Glückskauf), und da diese wenigstens in vorwürfiger Form weder nach unserem b. G.-B. noch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen verboten sind, so kann der erheblich gemachte Umstand einen Mangel hinsichtlich des klägerischen Titels nicht begründen.

Betreff der Tradition, so kann hier lediglich nur in Frage kommen, ob sich eine solche Uebergabe durch Erklärung vollzogen habe, da eine Uebergabe in anderweitiger Form, physische oder symbolische Uebergabe, nicht behauptet wird. Allerdings liegt nun

eine vom 27. Mai 1879 datirte Anzeige des Klägers an das Theilungsoffizium über den Nachlaß des alt Gemeindeschreibers Z. sel. vor, worin der Behörde von der geschehenen Abtretung Kenntniß gegeben wird. Allein die Uebergabe kann diese Erklärung des Erwerbers nicht ersetzen. Denn wenn auch ohne äußere Veränderung der Besitz übergehen kann, wenn derselbe, wie es auch hier der Fall ist, durch Stellvertretung ausgeübt wird, so ist doch, damit sich diese Besitzesübertragung vollziehe, vor Allem nothwendig, daß der bisherige Eigenthümer den Besitzesstellvertreter zur Aenderung der Besitzesabsicht, resp. daß derselbe von nun an nicht mehr im Namen des Tradenten, sondern für den Erwerber den Eigenthumsbesitz ausübe, anweise. (Vgl. Entscheide des Obergerichtes vom 14. Jänner 1865 und 14. Juni 1866, bern. jur. Zeitschr., Bd. II, S. 28; Bd. III, S. 64.) Diese Anweisung ist nun vorliegend von dem bisherigen Eigenthümer, dem Maurer Jos. Z., an den Besitzesstellvertreter, resp. an das Theilungsoffizium W. nicht erfolgt. Es ist sonach in Abgang der erforderlichen Uebergabe Kläger nicht Eigenthümer des Abtretungsobjektes geworden und muß demnach aus diesem Grunde mit seiner Ansprache abgewiesen werden. (O.-G., 3. Februar, Nr. I.)

**4. Gegenstand der Cession im juristisch-technischen Sinne kann nur eine Forderung sein.**

Die Verwaltung der Papierfabrik in W. tritt klagend gegen Konrad K. mit dem Rechtsbegehren auf, „es sei der unterm 9. August 1877 zwischen dem Beklagten und Buchdrucker B. abgeschlossene Vertrag um das Buchdruckereigeschäft des Erstern aufzuheben, und es habe der Beklagte gegen Behändigung der in den Kauf gegebenen Gegenstände eine Entschädigung im Betrage von Fr. 6043 an Klägerin zu leisten."

Zur Begründung dieses Begehrens beruft sich die Klägerschaft auf einen Akt, welchen Buchdrucker B. unterm 19. Jänner 1878 zu ihren Handen ausgestellt habe, und wodurch derselbe der Klägerschaft für eine Ansprache auf ihn im Betrage von ca. Fr. 4000 Anweisung gibt auf seine Ansprüche auf Konrad K., herrührend von dem mit demselben den 9. August 1877 geschlossenen Kaufe um dessen Buchdruckerei. Die klägerische Fabrik werde demnach berechtigt, als Rechtsnachfolgerin den benannten Vertrag anzufechten und die von daher rührende Forderung im Betrage von circa Fr. 5000 sich anzueignen.

Der Beklagte bestreitet unter Anderm der Klägerschaft die Legitimation zur Sache, indem der Letztere nicht in den Vertrag vom 9. August 1877 an die Stelle des Buchdrucker B. treten, und von daher rührende Einreden geltend machen könne.

Obergerichtlich wurde die Klägerschaft mit ihrer Forderung abgewiesen.

Motive:

Es erscheint die beklagtische Einwendung der mangelnden Legitimation der Klägerin zur Sache, resp. zur Anfechtung des in Rede stehenden Vertrages, als eine begründete. Gegenstand einer Abtretung, Cession, kann immer nur eine Forderung sein. Dagegen kann das Recht, die Aufhebung eines zweiseitigen Vertrages aus diesem oder jenem Grunde zu verlangen, nicht einem Dritten übertragen werden, es würde dieses einer Succession in den Vertrag, resp. in das gesammte obligatorische Verhältniß als solches, gleichkommen. Nun kann aber nicht das gesammte obligatorische Verhältniß, sondern nur die hieraus resultirende Forderung cedirt werden. Diese Beschränkung des Cessionsbegriffes auf die Forderung im angegebenen Sinne ergibt sich sowohl aus allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen (Mühlenbruch, Lehre der Cession, 3. Auflage, S. 307), als speziell aus der im § 741 unseres b. G.-B. enthaltenen Legaldefinition der Cession, wonach eine solche nur zu Stande kommt, wenn der Gläubiger seine Forderung an einen Andern abtritt. Wenn daher Buchdrucker B. mit dem Akte vom 19. Jänner 1878 der Klägerschaft das Recht eingeräumt hat, den mit dem Beklagten abgeschlossenen Vertrag anzufechten und Aufhebung desselben zu verlangen, so hat er hiemit eine Verfügung getroffen, welche der Beklagte gegen seinen Willen nicht anzuerkennen braucht, und kann der Letztere somit nicht gehalten werden, auf die einzelnen Anfechtungsgründe, welche Klägerin erheblich macht, sich einzulassen. Mit dem Hauptbegehren um Aufhebung muß aber auch zugleich das damit in Verbindung stehende Begehren um Zusprechung einer Entschädigung dahinfallen. (Obergericht, 18. Februar, Nr. 4.)

## 5. Rechtsverhältniß des Finders an einer in verwahrten Räumen verlornen Sache.

Unterm 19. Oktober 1877 wurde in einer Ecke im Gange des hiesigen Untersuchungsgefängnisses von der Magd des Gefängniß-

wärters Sch. ein Nastuch gefunden, worin eine Schachtel mit Fr. 1790 in Gold sich vorfand. Auf diesen Betrag von Fr. 1790, welcher beim Statthalteramte Luzern deponirt wurde, erwirkten nun die Kinder des Peter P. einen Arrest, indem die Arrestleger geltend machten, das fragliche Guthaben gehöre den Eheleuten R., an welchen sie (Arrestleger) eine Forderung von Fr. 4262 haben; die Schachtel mit dem Inhalte von Fr. 1790 sei von der Frau R., welche im Oktober 1877 im hiesigen Untersuchungsgefängnisse in Haft sich befunden, in die genannte Ecke gethan worden, um sie nachher dort wieder zu entheben. Dieser Arrest wurde vom Ehemanne R. bestritten. Inzwischen wurde aber über R. der Konkurs publizirt und durch gerichtliches Urtheil festgestellt, „der fragliche Arrest sei aufgehoben und es falle das betreffende Guthaben in die Konkursmasse.“ Da nun aber mittlerweilen Gefängnißwärter Sch. gegen die Aushändigung dieses Guthabens als angeblicher Finder ein Verbot erwirkte und ein Gesuch um dessen Aufhebung abschlägig beschieden wurde, beschloß die Konkursmasse R., von weitern gerichtlichen Schritten gegen Gefängnißwärter Sch. zu abstrahiren, indem sie dieselben den einzelnen Kreditoren überließen. — Von diesen Kreditoren traten nun die Kinder des Peter P. gegen den Verbotleger Sch. mit dem Rechtsbegehren auf: „Der Beklagte habe zu gestatten, daß die von ihm am 19. Oktober 1877 dem Statthalteramte Luzern abgegebenen 1790 Franken von den Klägern zur Hand genommen werden können.“ Der Beklagte dagegen verlangte in erster Linie Abweisung des klägerischen Rechtsbegehrens; eventuell, insofern Kläger sich als rechtmäßige Ansprecher der gefundenen Geldsumme ausweisen sollten, sei der Beklagte berechtigt, nebst dem bisher erlaufenen Zinse den gesetzlichen Finderlohn von 10 % der gefundenen Geldsumme in Abzug zu bringen.

Zur Begründung des eventuellen Rechtsbegehrens wird vom Beklagten geltend gemacht, er sei als der eigentliche Finder anzuerkennen, weil:

a. er als Gefängnißwärter für seine Angestellte eine sehr weitgehende Verantwortlichkeit zu tragen habe und somit auch entsprechende Berechtigung besitze;

b. die Magd des Beklagten, welche die betreffende Geldsumme gefunden, demselben die Finderrechte ausdrücklich zugestehe und ihn als den richtigen Inhaber derselben anerkenne.

Obergerichtlich wurde das Klagebegehren gutgesprochen, dagegen das eventuelle Begehren des Beklagten auf Zuerkennung des Finderlohnes von 10 % der angeblich gefundenen Summe, sowie





des bisher erlaufenen Zinses, und zwar letzteres mit folgender Motivirung, abgewiesen:

Die Anschauung der ersten Instanz, als sei für den Begriff einer verlornen Sache wesentlich, daß dieselbe an einem unverwahrten Orte gefunden werde, hat — wie richtig angenommen wird — in Satzung 415 des bern. Civilgesetzbuches allerdings einen Anhaltspunkt. Allein dieses kann für den hierseitigen Richter noch keinen Anlaß bieten, diesen beschränkten Begriff einer verlorenen Sache sich bei der Urtheilsfällung zum Ausgangspunkte zu nehmen. Es stellt sich diese Einschränkung als eine durchaus positive und singuläre Bestimmung des bernischen Rechtes dar und folgt dieselbe weder aus der Natur der Sache, noch aus dem gemeinen Rechte, noch hat sie in dem hier in Berücksichtigung fallenden öster. C.-G.-B. und in den modernen Civilgesetzgebungen Aufnahme gefunden. Daß dem hierseitigen Gesetzgeber die betreffenden Bestimmungen des bernischen Rechtes vorgeschwebt haben mögen, gibt dem Richter noch keinen Anlaß, die letztern, auch insoweit sie in unserm b. G.-B. keine Aufnahme gefunden haben, gleichwohl in Anwendung zu bringen; mit Bezug auf die in Rede stehende singuläre Bestimmung des bernischen Rechtes folgt aus dem Stillschweigen des hierseitigen Gesetzgebers gegentheils, daß er dieselbe absichtlich nicht habe aufnehmen wollen. Im Uebrigen ist die Begriffsbestimmung der „verlorenen Sache", welche der Abschnitt 1 des § 268 des luzern. b. G.-B. enthält, wörtlich dem § 386 des allgemeinen österreich. Civilgesetzbuches nachgebildet, welcher seinerseits von einer solchen Beschränkung des fraglichen Begriffes Nichts weiß. Der Behauptung endlich, es sei gemäß einer im modernen Verkehrsrecht ausgebildeten allgemeinen Uebung bei verwahrten Orten, speziell bei Eisenbahnen, ein Fund an Gegenständen, welche ein Reisender zurückgelassen habe, nicht möglich, dürfte wenigstens in dieser Allgemeinheit eine volle Berechtigung nicht zukommen. So geht ein Urtheil des Obertribunals von Stuttgart aus neuer Zeit, resp. vom 2. April 1878, von entgegengesetzter Anschauung aus, wonach, wie auf öffentlichen Plätzen, so auch in geschlossenen, bewachten Räumen, Gegenstände verloren gehen, d. h. ihrem Eigenthümer unabsichtlich und ohne Kenntniß vom Aufenthalte der Sache abhanden kommen können, Gegenstände aber überall gefunden werden, wo sie verloren gehen können, und Wartsäle und sonstige Lokalitäten ..... darum, weil sie nur gegen Legitimationskarten zugänglich sind oder unter Aufsicht stehen, keine ..... abweichende Behandlung zu erfahren haben. (Vide Seuffert's Archiv, Bd. 33, Nr. 307, S. 420 und 421.)

Nachdem nun aber im gegebenen Falle in erster und zweiter Instanz angenommen wird, es sei der Nachweis erstellt, daß das fragliche Geld der inhaftirten Frau R. gehört habe, ist für die Abweisung des eventuellen beklagtischen Begehrens entscheidend, daß, wie es sich aus den Akten ergibt, das Geld von der Eigenthümerin absichtlich an die betreffende Stelle gelegt wurde, mit dem Vorhaben, es dort wieder wegzunehmen, daß das Geld daher von ihr nie verloren war und somit von dem Beklagten oder wem immer auch nicht gefunden werden konnte. (O.-G., 19. Februar 1881, Nr. IX.)

## 7. Zur Interpretation des § 4 des Gesetzes über die Schuldenrüfe.

Am 11. Juni 1876 trat der Beklagte Alois K. an Kläger Johann K. eine Gült von 800 Fr., angegangen den 1. Jänner 1876, als Eigenthum ab.

Unterm 8. März 1880 brach über den Unterpfandbesitzer der abgetretenen Gült der Konkurs aus, bei welchem diese Gült zu Verlust ging. Johann K. belangte nun den Alois K. um Vergütung des Kapitals von Fr. 800 sammt Zinsen pro 1879 und 1880. Der Beklagte verweigert die Zahlung, weil den 20. November 1879 über ihn der Schuldenruf publizirt worden mit der peremtorischen Aufforderung zur Eingabe allfälliger Ansprachen bis und mit dem 13. Dezember daraufhin und zwar bei Verlurst dieser Ansprachen. Kläger habe nun keine Eingabe gemacht und sei demgemäß nach § 4 des Gesetzes über die Schuldenrüfe vom 23. Dezember 1837 seiner Ansprache verlurstig geworden. Gegenüber dieser Einrede des Beklagten macht Kläger replikando Folgendes geltend:

Zur Zeit der fraglichen Publikation sei der Gültschuldner noch nicht am Konkurse gestanden, dem Kläger sei aber erst mit dem Verlurste der Gült eine Forderung auf den Beklagten erwachsen, er habe daher am Schuldenruf auch keine solche eingeben können, und bloß allgemeine Rechtsverwahrungen seien als bedeutungslos nicht geltend zu machen.

Obergerichtlich wurde erkennt, der Beklagte sei nicht gehalten, den eingeklagten Betrag zu bezahlen.

Motive:

Der § 4 des Gesetzes über Schuldenrüfe bestimmt: „Wer versäumt innert der anberaumten Frist seine fahrenden Ansprachen auf der Gerichtskanzlei einzugeben, ohne sich über die Unterlassung hinlänglich ausweisen zu können, verliert sein Anspruchsrecht.“ Nun standen die Litiganten zur Zeit des fraglichen Schuldenrufes bereits in einem besonderen Obligationsverhältnisse zu einander. Der Beklagte war nämlich mit der Abtretung der Gült dem Kläger für diese noch währschaftspflichtig geworden. Kläger hatte daher an den Beklagten einen Anspruch auf Nachwährschaft, eventuell eine Forderung auf Ersatz desjenigen Betrages, der an der Gült verloren gehen sollte. Dieser Anspruch, resp. diese eventuelle Forderung war aber im Schuldenrufe über den Beklagten einzugeben und zwar:

a) schon nach dem Wortlaute der cit. Gesetzesstelle, welche allgemein von Ansprache und Anspruchsrecht, ohne eine Unterscheidung im Sinne der klägerischen Erörterung zu machen, spricht;
b) nach dem Zwecke, welcher einem jeweiligen Schuldenrufe unterliegt und der nach § 1 des gleichen Gesetzes auf Ausmittlung sämmtlicher fahrender Verbindlichkeiten einer Person geht.

Es erweist sich sonach die beklagtische Ersitzungseinrede als eine begründete und ist demzufolge der Kläger mit seinem Klagebegehren abzuweisen. (Obergericht, den 26. März 1881, Nr. 3.)

### 8. Erbsfähigkeit der Mitglieder eines geistlichen Ordens.

Die Erben des Kapuziner-Bruders Martin H. selig stellen das Rechtsbegehren: die Gebrüder St. seien gerichtlich zu verhalten, in die Erbsmasse des Martin H. sel. den Betrag von Fr. 1240. 60 Rp. nebst Zins zu bezahlen.

Dieses Rechtsbegehren gründen Kläger auf folgende Thatsachen:

Unterm 10. April 1877 starb in St. Erhard Wittwe St. geb. Tsch. — Erben derselben waren als Kinder zweiter Ehe u. A. die heutigen Beklagten und als einziger Sohn erster Ehe Martin H., Kapuziner-Bruder, damals in Näfels.

An der Schlußtheilung in Nachlaßsache genannter Wittwe St. vom 27. Oktober 1877 beschlossen und anerkannten die anwesenden Erben Folgendes:

a) Es sind dieselben „einig, den ehrw. Kapuziner-Bruder Martin H., einen Sohn der Erblasserin aus erster Ehe, als Miterbe pro rata eintreten zu lassen,"
b) die heutigen Beklagten gaben die Erklärung ab, ihrer Mutter sel., resp. deren Erben an verschiedenen Posten eine Summe von Fr. 8684. 20 zu schulden.

Dieses Guthaben, unter sieben Theile vertheilt, ergibt auf einen Theil Fr. 1240. 60, und wurde angewiesen auf die Beklagten, zinsbar auf den Todestag der Erblasserin, 10. April 1877.

Unterm 6. April 1879 starb sodann der genannte Miterbe Martin H. von Zell. Erben zum Nachlasse des Letztern sind die heutigen Kläger und es verlangen dieselben nun, daß die Beklagten verhalten werden, in die Erbsmasse den Betrag von Fr. 1240. 60 Rp. nebst Zins seit 10. April 1877 zu bezahlen.

Beklagte schließen auf Abweisung der Klage und machen ihrerseits geltend.

a) Es sei nicht richtig, daß Martin H. sel. Erbe der Wittwe St. sel. war, denn der Eintritt in einen geistlichen Orden habe für ihn sowohl nach gemeinem Rechte als auch nach der obergerichtlichen Praxis den Verlust der bürgerlichen Erbschaftsrechte nach sich gezogen.
b) Nach Ableben der Wittwe St. sel. habe Martin H. mit Chargé-Brief vom 29. August 1877 an den Gemeinderath von Knutwyl geschrieben: „Mit Berücksichtigung der Eventualität, daß in nächster Zeit die Kapuziner-Klöster in der Schweiz aufgehoben werden könnten, wird das Theilungsofficium ersucht, Namens meiner den mir zugehörigen Erbtheil zu Handen zu nehmen und in einer währschaften Kasse anzulegen. Im Falle ich diesen Erbtheil nicht bedarf, so soll nach meinem Ableben dasselbe unter meine Halbgeschwister St. wieder vertheilt werden."

Mit Bezug auf diesen Brief und im Sinne desselben haben die Erben dann allerdings den Stiefbruder Martin H. pro rata als Miterben eintreten, resp. einen Kindestheil im Sinne seines Schreibens bei Seite legen lassen, ohne ihn indessen als Miterben anzuerkennen.

c) Es werde bis zum Ausweise bestritten, daß die Kläger Erben des Martin H. sel. seien, wenn überhaupt ein Nachlaß desselben bestünde.
d) Ein solcher bestehe aber nicht, da Martin H. sel. mit seinem Eintritte in den Kapuziner-Orden die Vermögens- und Erwerbsfähigkeit überhaupt verloren habe.

Obergerichtlich wurde die klägerische Forderung guterkennt.

Motive:

Nachdem Beklagte in der Duplik die Legitimation der Kläger in dem Sinne zugestanden haben, daß sie die Qualität derselben als Erben des Martin H. sel. unter dem Vorbehalte anerkennen, daß von einem Nachlasse des Letztern die Rede sein könne, muß vorliegend in erster Linie die streitige Frage gelöst werden, ob der Eintritt in den Kapuziner-Orden, resp. die Ablegung der Ordens-Gelübde, für Martin H. sel. den Verlust seiner bürgerlichen Erbschaftsrechte nach sich gezogen habe.

Allerdings hat diese Frage in unserm b. G.-B. eine unmittelbare und direkte Lösung nicht gefunden; allein, da es sich um eine Ausnahmebestimmung handelt, muß aus dem Stillschweigen des Gesetzgebers zunächst gefolgert werden, daß auch hinsichtlich der Ordenspersonen der allgemeine Grundsatz der Erbfähigkeit Platz greift. Der Richter dürfte sich zudem gerade bei Streitigkeiten erbrechtlicher Natur am wenigsten in der Lage finden, Ausnahmebestimmungen fremden Ursprunges zur Anwendung zu bringen, indem gerade diese Materie in unserer Gesetzgebung eine verhältnißmäßig selbstständige Normirung erhalten, und mehr denn andere Materien als ein abgeschlossenes Ganzes sich darstellt.

Da indessen einerseits vorwürfige Frage eine unmittelbare Lösung in unserem b. G.-B. nicht gefunden hatte anderseits auf Grundlage des § 193 der C.-R.-V. die Anwendbarkeit gemeinrechtlicher Bestimmungen ohnehin auch bei Streitigkeiten erbrechtlicher Natur grundsätzlich nicht bestritten werden kann und zudem gerade der gemeinrechtliche Ausschluß der Ordenspersonen von der Erbfähigkeit auch durch die obergerichtliche Praxis zeitweise anerkannt wurde (vrgl. Entscheid des O.-G. vom 13. Dezember 1850), so ist die Frage über die heutige Geltung dieser Ausnahmebestimmung auch nach den anderweitigen, hiebei in Betracht fallenden Gesichtspunkten zu erörtern.

Es steht nämlich fest, daß nach gemeinem, bezw. kanonischem Rechte, Personen, die Mitglieder von Orden sind, welche das feierliche lebenslängliche Gelübde der Armuth 2c. (die vota solennia im Sinne des kirchlichen Rechtes) ablegen, dadurch die Vermögensfähigkeit und hiemit auch die Fähigkeit, zu erben und beerbt zu werden, verlieren (vgl. u. A. Vering, Archiv für kathol. Kirchenrecht, XIII. Band, S. 329.) Die Feierlichkeit des Gelübdes der Armuth wird durch die Ablegung desselben in einem vom päpstlichen Stuhle approbirten Orden konstituirt. (Vergl. Gentis, Archiv für kathol. Kirchenrecht, Bd. XIV, S. 345 u. f.) Als ein solcher

Orden, dessen Mitglieder (und zwar ohne Unterschied, ob der Betreffende Kleriker oder, wie im gegebenen Falle, bloß Laienbruder war,) die vota solennia im angegebenen Sinne ablegen, erscheint anerkanntermaßen auch der Kapuzinerorden.

Was nun aber die Frage über die Geltung dieser gemeinrechtlichen, resp. kanonischen Bestimmung betrifft, so ist dieselbe vorliegend von zwei Voraussetzungen abhängig. Es darf nämlich die betreffende Bestimmung nicht im Widerspruche stehen

1. mit den heutigen Rechtsanschauungen und
2. mit den Prinzipien der Bundesverfassung.

Hinsichtlich der fraglichen Bestimmung ist nun aber das Eine wie das Andere der Fall:

ad. 1. Das Erbrecht ist ein Begriff, welcher dem Vermögensrechte angehört. Dieses kann aber nur eine Beschränkung erleiden durch Faktoren, welche dem Rechtsgebiete angehören. Der Ausschluß der Ordenspersonen von der Erwerbs-, bezw. Erbfähigkeit, begründet aber nach heutiger Rechtsanschauung bloß mehr eine Gewissens- und keine Rechtspflicht. Die natürliche Konsequenz einer gegentheiligen Annahme würde u. A. sein, daß der Staat ein Ordensgelübde, d. h. die Haltung eines solchen, eventuell erzwingen müßte. Hieraus folgt, daß der fragliche Ausschluß der Ordenspersonen im Widerspruche mit den heutigen Rechtsanschauungen sich befindet.

ad. 2. Der Art. 49, Absatz 3 der B.-V. sagt: „Die Ausübung bürgerlicher oder politischer Rechte kann durch keinerlei Vorschriften oder Bedingungen kirchlicher oder religiöser Natur beschränkt werden.“ Daß das Ordensgelübde, bezw. das Gelübde der Armuth, einen religiösen Charakter hat, liegt auf der Hand; es handelt sich hiebei überall nicht um einen Vertrag unter Personen, wobei der Betreffende z. B. gegenüber dem zukünftigen Erblasser oder gegenüber allfälligen dritten Präsumtiverben zum Nachlasse desselben in verbindlicher Weise auf seine Erbrechte zu verzichten erklärt. Das Gelübde im Allgemeinen ist vielmehr als ein unmittelbar Gott gegebenes und Gott gegenüber verpflichtendes Versprechen aufzufassen. Durch die Feierlichkeit des Gelübdes erhält aber dasselbe noch einen speziellen kirchlichen Charakter. Denn wenn die Feierlichkeit des Gelübdes der Armuth konstituirt wird durch Ablegung desselben in einem vom päpstlichen Stuhle approbirten Orden, so wird die höchste kirchliche Autorität als diejenige Macht bezeichnet, welche die Vermögensrechts-Unfähigkeit des Gelobenden statuirt. (Vergl. Sentis, citato loco.) Würde daher eine Ordensperson von der Geltendmachung ihrer

Erbrechte aus Grund des abgelegten feierlichen Gelübdes der Armuth ausgeschlossen, so müßte sie der klare Wortlaut des cit. Art. 49 schützen, wonach die Ausübung bürgerlicher Rechte durch keinerlei Vorschrift religiöser oder kirchlicher Natur beschränkt werden darf, und insoweit widerspricht die fragliche Bestimmung des kanonischen Rechtes auch der Bundesverfassung.

Aus dem Gesagten ergibt sich daher, daß der gemeinrechtliche Ausschluß der Ordenspersonen von der Vermögens- und Erwerbs-, resp. Erbfähigkeit für den hierseitigen Richter keine Geltung mehr hat und daher Martin H. sel. auch troß seiner Eigenschaft als Laienbruder des Kapuzinerordens Vermögen besitzen, solches erbsweise erwerben und hinwieder selbst beerbt werden konnte.

Die Beklagten wenden im Weitern ein, es habe Martin H. sel. gemäß seiner an das Theilungsofficium von Knutwyl abgegebenen schriftlichen Erklärung vom 29. August 1877 selbst nur unter der Bedingung Erbe werden wollen, daß in nächster Zeit die Kapuzinerklöster in der Schweiz aufgehoben werden sollten.

Allein der Wortlaut der betreffenden Stelle im Briefe vom 29. August 1877 gibt zunächst nicht dieser Auslegung Raum, wonach Martin H. sel. den Erbschaftsantritt an eine Bedingung knüpfen wollte, sondern ist vielmehr in dem Sinne zu verstehen, daß damit das Motiv bezeichnet werden wollte, warum er troß seiner Eigenschaft als Kapuzinerbruder gleichwohl auf seine Erbrechte nicht verzichte. Hiemit stimmt denn auch die nachherige Verfügung überein, wonach, sofern er den Erbtheil nicht bedürfen werde, derselbe nach seinem Ableben seinen Halbgeschwistern zufallen solle. Daß aber eine solche Verfügung von Todeswegen in einem einfachen Briefe keine Bedeutung haben kann, liegt auf der Hand.

Die Einwendung, es haben die Erben der Wittwe St. das Erbrecht des Martin H. sel. nur im angegebenen Sinne anerkannt, ist nun ohnehin unerheblich, nachdem feststeht, daß die Erbfähigkeit desselben einer solchen Anerkennung Seitens der Miterben nicht erst bedurfte. Im Uebrigen ergibt sich eine solche Beschränkung der fraglichen Erklärung der Erben aus dem Protokolle über die betreffende Erbsverhandlung (kläg. Beleg 1) in keiner Weise und ist eine solche auch durch die Aussagen der abgehörten Zeugen Gemeinderathspräsident M. und Gemeinderathsschreiber B. nicht erstellt, ganz abgesehen davon, ob gegenüber jener (amtlichen) Urkunde ein Zeugenbeweis überhaupt zulässig gewesen wäre (§ 534 b. G.-B.) (O.-G. 26. März 1881, VII.)

## 9. Zur Frage der Schadensersatzforderung aus einem außerkontraktlichen Verhältnisse (actio nondum nata est).

Fürsprech X. hatte unterm 24. März 1879 angeblich im Auftrage des Johann Sch. an der Konkurssteigerung des Johann F. das Haus Nr. 526 in der Oberneustadt zu Luzern um den Kaufpreis von 18,849 Franken ersteigert. Da Johann Sch. sich aus dem Grunde weigerte, das betreffende Haus zu übernehmen, weil er dem Fürsprech X. nie einen Auftrag zur Ersteigerung desselben ertheilt habe, entstand ein Prozeß der Creditorschaft des Johann F. gegen Johann Sch., in welchem von der Erstern verlangt wurde, der Letztere habe den fraglichen Hauskauf zu halten und die Fertigung sofort vorzunehmen, eventuell Schadensersatz zu leisten. Mit diesem Begehren wurde aber Kläger erst- und letztinstanzlich abgewiesen. In Folge dessen belangt nun die Creditorschaft des Johann F. den Fürsprech X., welcher zu erstem Prozesse gehörig nachgeladen wurde. Die Klägerin stellt nämlich das alternative Rechtsbegehren, der Beklagte sei gehalten, entweder den Steigerungskauf um genanntes Haus für seine Person zu halten und der Klägerin die ergangenen Kosten im Prozesse gegen Johann Sch. mit Fr. 525 Ct. 25 zu ersetzen oder der Klägerin den vollen, durch diese ungültige Steigerung enstandenen Schaden zu vergüten, nämlich:

a) die vorerwähnten Prozeßkosten 525 Fr. 25,
b) die Steigerungskosten,
c) die Summe des Wenigererlöses einer Steigerung genannter Liegenschaft.

Der Beklagte seinerseits anerbot sich, die Kosten aus Grund der ungültigen Steigerung zu übernehmen. Dagegen bestreitet er alles Weitere, insbesondere die Haltung des fraglichen Kaufes für seine Person.

Obergerichtlich wurde erkennt:

1. Der Beklagte sei nicht gehalten, den fraglichen Steigerungskauf zu halten. Dagegen habe derselbe die anläßlich dieser Steigerung ergangenen Kosten sowie die Kosten in dem Prozesse zwischen Kläger und Johann Sch. im Betrage von 476 Fr. 65 Ct. zu tragen.

2. Ueber die Frage, ob der Beklagte einen allfälligen Mindererlös einer neuen Steigerung genannter Liegenschaft gegenüber dem Steigerungserlös vom 24. März 1879 zu ersetzen habe, sei dermalen nicht zu entscheiden.

## Motive:

Es wird bei Beurtheilung des vorliegenden Prozesses von maßgebender Bedeutung sein, ob Beklagter von der Klägerschaft auf Grund eines Vertrages, beziehungsweise in Folge Verletzung eines solchen, oder anderswie belangt werden könne, mit a. W., ob man es vorliegend mit einer kontraktlichen oder außerkontraktlichen Ersatzklage zu thun habe, und ob demnach vorliegende Klage nach Maßgabe spezieller Vertragsgrundsätze oder aber in Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze betreffend Schadensersatz in Abgang eines zu Grunde liegenden Vertrages, wie solche im § 714 u. ff. des b. G.-B. normirt sind, zu behandeln sei.

Diese Frage ist im letztern Sinne, resp. in Annahme eines außerkontraktlichen Verhältnisses zu beantworten, und zwar aus dem Grunde, weil der Beklagte nicht im eigenen, sondern im fremden Namen, bezw. im Auftrage des Johann Sch. fragliches Steigerungsanbot that, und mithin der Klägerin gegenüber offensichtlich nicht selbst als Käufer (Kontrahent), sondern nur als Stellvertreter eines Dritten, des Johann Sch., auftrat und sich gerirte. Es kann sich demnach nur fragen, ob in fraglichem Steigerungsanbot von Seite des Beklagten ohne nachweisbaren Auftrag ein doloses Vorgehen erblickt werden könne, was zweifelsohne, da nicht nachgewiesen und durch Nichts erhärtet, zu verneinen ist. Dagegen liegt in jener Handlungsweise immerhin ein Verschulden (culpa) des Beklagten vor, und greift in Folge dessen nicht der § 717, sondern der § 716 des b. G.-B. Platz. Ist nun aber dieses der Fall, so kann der Beklagte für mehr nicht, als für einen allfälligen aus seinem Verschulden entstandenen positiven und unmittelbaren Schaden in Anspruch genommen werden. Nach den angeführten Grundsätzen ist klar, daß die dem Beklagten zur Last fallende Ersatzpflicht sowohl die anläßlich der ungültigen Steigerung vom 24. März 1879 als auch die im Vorprozesse der gegenwärtigen Klägerschaft gegen Johann Sch. erlaufenen Kosten umfasse, dagegen mit allen weiter gehenden Begehren die Klägerschaft abgewiesen werden muß.

Was speziell die Ersatzpflicht des Beklagten hinsichtlich eines allfälligen Mindererlöses an einer spätern Steigerung fraglicher Liegenschaft anbetrifft, so kann auf das daherige Begehren, abgesehen von der Frage, ob ein derartiger Ausfall, resp. Mindererlös einen unmittelbaren und nicht vielmehr einen mittelbaren Schaden enthalten würde, schon aus prozessualischen Gründen zur Zeit nicht eingetreten werden, indem es nach hierortiger Anschauung nicht

Sache des Richters sein kann, über etwas Zukünftiges, Ungewisses, als worüber Jemanden eine Klage erst noch gar nicht zusteht (actio nondum nata est), zu cogniren. Obergericht, den 27. April 1881, Nr. 6.

# Uebersicht der Rechtssprechung des Solothurner Obergerichtes im Jahre 1881.

## (Monate Juli bis Oktober.)

Von Oberrichter Dr. Affolter. *)

### 14. Bei mangelnden schriftlichen Titeln hat die Erklärung des Geldstagners über die Richtigkeit der eingereichten Forderungen (§ 1594) die Vermuthung der Wahrheit für sich.

Urtheil vom 14. Juli 1881.

Bei der Verhandlung betr. Genehmhaltung des Geldtagsrodels des N. E. von A. wurde das Begehren gestellt, es sei die Forderung der Schwiegermutter des Geldstagers, M. E. geb. St., per Fr. 200, welche dieselbe für geleistete Dienste als Magd beanspruchte, zu streichen. Zur Begründung dieses Begehrens wurde eine schriftliche Erklärung des Ammanns von A. (Namens des Gemeinderathes) vorgewiesen, worin sich dieser dahin aussprach, daß nach seinem Dafürhalten die M. E. beim Geldtager nicht in Dienste gestanden sei, „sondern sich nur als Schwiegermutter bei ihm aufgehalten habe." Der Geldstager hatte die Schuld bei der Revision (§ 1594) anerkannt, weshalb sie vom Geldstagsaktuar in der IV. Classe (Liedlohnsrechte) kollozirt worden war.

Das Obergericht wies das Begehren ab:

„Die Vertragsform in Dienstverhältnissen ist eine absolut freie (§ 1149 ff.) Wenn daher ein Dienstbote im Geldstage seines Dienstherrn Liedlohn fordert, ohne sein Dienstverhältniß schriftlich konstatiren zu können, und wenn der Geldstager bei der Revision die Forderung anerkennt, so wird sie ohne Zweifel ausgeworfen werden müssen; die Revision ist aber dazu da, die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Eingaben festzustellen und namentlich

*) Fortsetzung von S. 128 ff. hievor.

für solche Posten, die nicht von vornherein schriftlich belegt und daher liquid sind; ohne diesen Zweck zu erreichen, wäre die Revision vollständig unnütz und überflüssig. Verkürzt der Geldstager durch wissentlich falsche Anerkennung von Schulden, oder durch fingirte Geschäfte seine Gläubiger, so macht er sich eines Verbrechens schuldig und ist auf dem Strafprozeßwege zu verfolgen; so lange dies nicht erwiesen ist, sind seine Angaben als richtig zu behandeln.

Im vorliegenden Falle ist nun allerdings der Forderer zugleich die Schwiegermutter des Geldtagers; aus diesem Umstande kann aber nicht von vornherein auf einen Betrug geschlossen werden. Die Bescheinigung des Ammanns von A. liefert keinen Beweis gegen die Richtigkeit der Forderung, indem sie sich nur auf ein „Dafürhalten", nicht aber auf Thatsachen stützt.

**15. Die Behauptung, es sei eine Sache „geschenkt" worden, wird nicht als Beurtheilung streitiger Verhältnisse, sondern als Anführung einer Thatsache betrachtet, zu deren Feststellung das Beweismittel des Eides zulässig ist.**

Urtheil vom 15. Juli 1881.

Zur Begründung seines Rechtsbegehrens hat Appellant K. in Beweissatz 1 die Behauptung aufgestellt, er habe dem Appellaten S. verschiedene Darlehne in baar gemacht, zusammen im Betrage von Fr. 2474. Zum Beweise überträgt er ihm den Eid. Appellat S. gesteht nur Fr. 15 zu; im Uebrigen übernimmt er in Beweissatz 4 an Stelle des Eides das Handgelübde mit der Modifikation, daß Appellant K. die im Beweissatz 1 genannten Beträge von zusammen Fr. 2459 theils ihm selbst, theils seiner Ehefrau (der einzigen Tochter des Appellanten K.) geschenkt habe. Diese Modifikation wird in Beweissatz 6 bestritten, weil sie ein Raisonnement und keine Thatsachen enthalte, aus welchen die Schenkung durch den Richter gefolgert werden könne.

Das Obergericht wies diese Einwendung zurück:

„Appellant K. behauptet, dem Appellaten S. Darleihen gemacht zu haben und dieser hätte nach der von ihm übernommenen Modifikation ebensogut beschwören können, er habe keine „Darleihen" erhalten; in diesem Falle hätte Ersterer wohl schwerlich Einwendungen gegen die Eidesübernahme erheben können,

obwohl darin ebensogut, als in der Art und Weise der Uebertragung des Eides selbst und in der übernommenen Modifikation ein Begriff resp. ein Raisonnement enthalten gewesen wäre. Statt daß Appellat S. Thatsachen erzählt, aus denen dann auf Schenkung der streitigen Beträge hätte geschlossen werden können, hat er die kürzere Form gewählt und einfach behauptet, die fraglichen Summen seien theils ihm, theils seiner Ehefrau geschenkt worden. Diese Form enthält nichts anderes, als die Gelddargabe sei unter Umständen und unter Begleitung solcher Thatsachen erfolgt, die eine Zurückzahlung ausschließen, resp. es sei in der Absicht des Appellanten gelegen, nichts mehr zurückforderu zu wollen und in dieser Beziehung ist deshalb der Eid in Hinblick auf § 271 der C.-P.-G. zuläßig.

**16. Bei der Geldstagseingabe ist der Gläubiger nicht verpflichtet, den schriftlichen Titel, worauf sich die Forderung gründet, der Amtschreiberei vorzuweisen und es hat demuach die Unterlassung der Vorweisuug für den Gläubiger keinerlei Rechtsnachtheile zur Folge (§ 1587).**

Urtheil vom 1. Oktober 1881.

**17. Die Sparkassenbücher sind keine sog. hinkenden oder qualifizirten Inhaberpapiere; der Schuldner ist zur Legitimationsprüfung verpflichtet.**

Urtheil vom 27. Oktober 1881.

Die Kantonalersparnißkasse Solothurn schuldete an M. F. geb. K. laut Schuldtitel Nr. 27252 Fr. 716. 85. Ct. Dieser Schuldtitel wurde der Klägerin im März 1880 durch G. N. entwendet und der betr. Betrag den 11. gl. Monats bei der Ersparnißkasse von der Diebin bezogen, welche sich dabei als die Klägerin ausgab und unter dem Namen „Wittwe F." quittirte. Der Schuldtitel wurde von der Kasse behändigt. Die N. wurde vom Schwnrgerichtshofe des Kantons Solothurn unterm 16. August 1880 wegen Diebstahls dieses Schuldtitels bestraft und die Wittwe F. mit ihrer Ansprache auf den Civilweg verwiesen.

Die Kantonalersparnißkasse, für den Betrag belangt, bestritt die Zahlungspflicht an die Klägerin, Wittwe F. Das Obergericht erkannte, die Verantworterin sei gehalten, der Wittwe F. den geforderten Betrag zu bezahlen. Dem Urtheil wurden folgende Erwägungen beigefügt:

„1. Verantworterin giebt in ihrer Antwort die thatsächlichen Verhältnisse zu, bestreitet aber die Zahlungspflicht an die Klägerin, hauptsächlich aus zwei Gründen:

a) weil die Gutscheine der Kantonalersparnißkasse als Inhaberpapiere zu betrachten seien und sie folglich richtige Zahlung geleistet habe; und

b) weil der Besitz eines Kapitaltitels als Vollmacht zur Betreibung des Kapitals gelte (§ 1299 C.-G.-B.) und die N. daher als Bevollmächtigter der Klägerin gegenüber der Verantworterin zu betrachten gewesen sei.

2. Was die erste Schutzbehauptung anbelangt, so fragt es sich, ob die Schuldscheine unserer öffentlichen Sparkassen wirklich als Inhaberpapiere anzusehen seien?

Diese Frage ist zu verneinen.

Sämmtliche Schuldtitel unserer Sparkassen und speziell diejenigen der Verantworterin lauten nicht auf den Inhaber, sondern auf eine speziell benannte Person als Kreditor der Ersparnißkasse. Die ihren Schuldscheinen beigedruckten wohlgemeinten Rathschläge:

„Jedem Einleger wird anempfohlen, zu diesem Büchlein möglichst Sorge zu tragen, weil dasselbe bei jeder Einlage vorgewiesen werden muß, damit diese eingetragen werden kann, und weil ohne Vorweisung des Büchleins keine Rückzahlungen geleistet werden" —

vermögen nicht, ihre Schuldscheine zu Inhaberpapieren zu machen, weil diese Vorschriften im Grunde nichts anderes enthalten, als was jeder Schuldner bei Zahlungen an seinen Gläubiger verlangen kann (§§ 1460 und 1458). So lange also die Verantworterin für ihr gemachte Anleihensanlagen nicht auf den Inhaber lautende Schuldscheine ausstellt, oder als statutarische Vorschrift, mithin als Bedingung des Darleihensvertrages, festsetzt, daß Rückzahlungem jedem Inhaber oder Vorweiser des Schuldscheines gültig gemacht werden können, so lange steht auch die Kantonalersparnißkasse unter der Vorschrift unseres C.-G.-B., §§ 1448 und 1451, wonach der Verpflichtete gehalten ist, an den Gläubiger selbst oder seinen Bevollmächtigten Zahlung zu leisten, um sich von seiner Verbindlichkeit zu lösen. —

Damit steht auch in Uebereinstimmung die regierungsräthliche Organisation der Kantonalersparnißkasse vom 20. Juni 1881,

wonach der Buchhalter oder Kassier dieser Anstalt gehalten ist, Rückzahlungen an den Gläubiger zu leisten (§ 9), als welcher nur der im Schuldtitel selbst als solcher Bezeichnete angesehen werden kann.

3. Was die zweite Schutzbehauptung der Verantworterin betrifft, die N. sei in Folge Besitz des Kapitaltitels als Bevollmächtigte der Kreditorin zu betrachten gewesen, so zerfällt dieser Einwurf schon deshalb, weil sich diese Person selbst nicht als Bevollmächtigte der Kreditorin ausgegeben, sondern fälschlich als solche selbst sich unterzeichnet hat. Es kann überhaupt § 1299 C.-G.-B. nicht so ausgelegt werden, daß jeder Besitz eines Titels als Vollmacht zur Erhebung des Kapitals gelte; denn diese Gesetzesstelle handelt davon, daß, wer befugt sei, eine Betreibung zu besorgen, auch die betriebene Summe beziehen könne, und nur unter dieser Voraussetzung des Befugtseins zum Betreiben wird der Besitz des Kapitaltitels als Vollmacht zur Betreibung des Kapitals angesehen. Auch § 745 des C.-G.-B. kann hierorts keine Anwendung finden, weil Forderungstitel nur durch schriftlichen Akt abgetreten werden können (§ 1425 C.-G.-B.).

---

# Erörterungen zum eidgen. Obligationenrecht.

Von Prof. Dr. Emil Vogt in Bern.

(Fortsetzung.) *)

---

## I. Die Solidarschulden nach schweizerischem und bernischem Rechte.

### 3. Die Solidaritätsfälle des O.-R.; Klassifikation derselben.

Die nackten Thatsachen des Corpus juris, des Mittelalters und der Neuzeit in ihren Hauptzügen vor die Augen zu führen, war die Aufgabe der bisherigen Erörterungen in Nr. 1 und 2; nur nebenbei wurden einige Exkurse — so über Societät, pag. 599 f., über Solidarität in Folge Untheilbarkeit der Leistung pag. 612 f., — eingeflochten, die für das schweizerische Recht

*) Vgl. Bd. XVII. S. 391 ff., 596 ff.

vom Jahre 1883 an unmittelbar gelten. So auch die kurze römische Entscheidung über Inhalt der Sammtschuld, falls ein im Contexte der gemeinsamen Schuldschrift angegebener Correus dieselbe nicht unterzeichnet haben sollte auf pag. 401*). Nicht alle Fälle der Römer, der Neuzeit wurden zu diesem Ende in Betracht gezogen; jetzt scheint es angezeigt, diejenigen des neuen Gesetzbuches zu sammeln, zu sichten, in ihren Wirkungen zu vergleichen. In der Anordnung des O.-R. liegt die Betrachtungsweise:

Die allgemeinen und damit durchschlagenden Grundsätze über Solidarschulden sind in 162 bis 168 zusammengefaßt — kann das alles auch wirklich so aufgenommen werden, wenn in den Entscheidungen des Gesetzes selbst für manches Detail diese Grundsätze in ihr Gegentheil verkehrt sind? Ist es z. B. wahr, wenn in 168 gleiche Vertheilung der von einem Sammtschuldner geleisteten Zahlung unter die übrigen grundsätzlich statuirt ist und in 60 für Codelinquenten dieselbe Frage ganz dem richterlichen Ermessen anheimgegeben wird? — Solidaristen sind die letzteren jedenfalls; 60, 1 O.-R. bezeichnet sie sogar als solche: wie soll man denn allgemeine Grundsätze anders aufstellen, als auf die Weise:

168 = enthält sie; O.-R. statuirt aber dazu in einzelnen Artikeln Ausnahmen; das Charakteristische für die zu machenden Unterscheidungen liegt in den rechtlichen Folgen, in den Wirkungen, welche in den concreten Fällen vom Gesetz statuirt werden.

Darin differiren die einzelnen Figuren der Solidarität aber dermaßen, daß die Ausnahmen fast die Regel überwuchern; so ist z. B. die schließliche Lösung der Sammtschulden in die gleiche Vertheilung unter die einzelnen correi verlegt; sind aber Eisenbahnfrachtfuhrleute, Wechselsignatäre nicht derart Sammtschuldner, daß von einem von ihnen die ganze Ersatzsumme zu tilgen ist, so daß unter ihnen keine Ausgleichung stattfindet?

Es sind daher vor allen Dingen die Fälle des Gesetzes mit Einschluß derjenigen der neuen Bundesgesetzgebung zu sammeln und sind deren Hauptdifferenzen aufzuzeigen, um zu einer Ordnung derselben zu gelangen; eine gute Vorarbeit zu diesem Zwecke

*) Diese Citate beziehen sich auf Bd. 17 dieser Zeitschrift.

liefert das Niggeler'sche Register zu der dreisprachigen Ausgabe S. Voce Solidarität; vollständig ist es nicht, da auf die übrigen neueren Bundesgesetze darin keine Rücksicht genommen ist; die nachfolgende Sammlung wird, wie es bei allen derartigen Versuchen im Anfange der Wirksamkeit von Gesetzen der Fall ist, ebenfalls noch Lücken aufweisen.

Wir klassifiziren die gesetzlichen Fälle der Sammthaft, nachdem festgestellt ist, daß alle Fälle derselben darin übereinstimmen:

von mehreren Schuldnern kann Jeder auf die ganze Leistung belangt werden —

gleichviel ob er erst nach Erreichung eines gewissen Stadiums der Rechtsverfolgung (wie z. B. ein Bürge nach Vorausklage des Hauptschuldners in 493, oder der von der gleichzeitig mit der Bestellung der Bürgschaft mitaffizirten Pfänder nach 494 O.-R.) oder von vorneherein auf das Ganze, in solidum belangt werden könne, in

a. die vertragmäßigen und
b. die aus Delikten entsprungenen,

weil O.-R. für sie die durchgreifendsten Verschiedenheiten statuirt. Dazu kommt eine radikale Differenz in den Entstehungsgründen beider Formen der Sammtschuld. Insofern jede solidarische Verbindlichkeit Folge einer von dem objektiven Rechte beachteten Handlung ist, entspringt auch die deliktische Solidarität in letzter Instanz aus dem Willen des Verpflichteten, eine dolose oder culpose Rechtsschädigung ist nur deßhalb rechtlich relevant, weil sie von einem zurechnungsfähigen Subjekte in Folge eines Willensfehlers vorgenommen worden ist, und darin macht auch die nicht auf gewöhnliche Gründe des Rechts, sondern nur auf socialistische Basis zurückzuführende Vorschrift von 58 O.-R. nicht irre, gibt sie ja doch ihren Normalfall:

ein Rothschild hat im Fieberdelirium einem Armen die Hütte angezündet —

selbst für einen solchen der Billigkeit aus, die mit römischen Augen betrachtet, reine æquitas cerebrina ist. Aber der Unterschied waltet immerhin ob:

bei der vertragsmäßigen Solidarität war

1. in den vom Gesetze nicht vorgesehenen Fällen der Wille direkt auf eine Sammthaft gerichtet, und
2. bei den vom Gesetze dagegen vorgesehenen Fällen nur indirekt darauf gerichtet; denn das Gesetz soll Jedermann kennen und wenn der Cocommodatar, der Comandatar u. s. w. die Solidarität nicht von vorneherein abgelehnt haben, so haften sie in solidum, weil sie sich implicite der gesetzlichen Vorschrift unterworfen haben, die in allen solchen Vertragsverhältnissen die Solidarität, als vermuthlich von den Contrahenten gewollt, statuirt —

während bei der deliktischen Solidarität der Wille sicherlich nicht auf das Einstehen für die Folgen der unerlaubten Handlung, sondern auf das bloße Begehen der Handlung gerichtet war.

A. Solidarität in Vertragsverhältnissen in Folge von Gesetzesvorschrift.

Schon hier können wir nicht dabei stehen bleiben, daß O.-R. dieselben alle unter die gleichen Normen gebracht habe: mehrere Kollektivgesellschafter müssen in solidum haften, sie können ihre Sammtverbindlichkeit nicht ablehnen, ihre Solidarität ist juris publici in derselben Weise nach 564, 2 O.-R. wie diejenige der Gründer nach 623, 2, wenn gleich da der Absatz 2 von 564 nicht wiederholt ist. Daß mehrere Mandanten oder Commodatare die solidarische Haft ablehnen können, ist dagegen zweifellos.

I. Solidarität publici juris durch zwingende Rechtsvorschrift:

1. Mehrere Kollektiv-Gesellschafter, 562 O.-R., und zwar diese auch:
   a. als Complementare in der Kommandit- oder Kommanditaktiengesellschaft, arg. 564;
   b. als Gründer für die vor der Registrirung Namens der Aktien-Gesellschaft eingegangenen Verpflichtungen, 623, 2;
   c. Kommanditäre, welche ihre Beschränkung auf die Kommanditsumme nicht haben einregistriren lassen, nach 599 O.-R. (sie haften nur Gutgläubigen, d. h. hier nicht um deren Eigenschaft als Kommanditäre Wissende in solidum), oder

deren Namen in der Gesellschaftsfirma erscheint (da ist ihre Sammthaft gegenüber jedem Dritten begründet) nach 600;

d. Abgeleitet aus dem seit dem Mittelalter (pag. 599 f.) konstant geübten Satze: die Kollektivgesellschafter haften durch die Eingehung der Societät allen Dritten in solidum, ist auch die solidare Haft von Mitgliedern nicht registrirter wirthschaftlicher Vereine (durch Registrirung erlangen sie juristische Persönlichkeit), welche Handlungen für sie vornehmen nach 717, al. 2;

e. Aktienzeichner haften bis zu 50 % des Nominalbetrages der gezeichneten Inhaberaktien mit dem späteren Erwerber dieser Aktien, dem die Verpflichtung zur Nachzahlung von ihnen auferlegt worden ist, nach 636, al. 2 O.-R.

2. Mehrere Eisenbahnfrachtführer nach 35 f. und 54 Eisenb.-Transp.-Ges. von 1875, bei denen regelmäßig Rückgriff gegen die fehlbare Bahn stattfindet, aber so, daß von der Annahmebahn bis zur Abgabebahn und umgekehrt regredirt wird, bis sich herausgestellt hat, in welcher Strecke die Beschädigung vorgefallen ist.

Alle diese Figuren der Solidarität fallen unter die aus Nichterfüllung contraktlicher Verpflichtungen entstandenen Schadensansprüche. Im gewöhnlichen (d. h. nicht per Eisenbahn bewerkstelligten) Frachtverkehr hat sich der Geschädigte nur an den ersten abnehmenden Frachtführer zu halten, der gegen den Fehlbaren regrediren kann (459 O.-R.), gegen diesen selbst gewährt jenem das Gesetz die Legitimation zur Klage nicht.

3. Die Vorstände und Verwalter von Handelsgesellschaften aller Art nach 669, Ziff. 3, 670, al. 3, 673, 674, 676, Ziff. 2, 714 O.-R.

4. Die Haft des Ehemannes für die Schulden seiner selbständig einen Beruf oder ein Gewerbe treibenden Ehefrau nach 35 O.-R. (die in den frühern Entwürfen auch beliebte Solidarhaft des Vormundes für die Verbindlichkeiten des handeltreibenden Minorennen ist im jetzigen § 34 O.-R. beseitigt).

II. Solidarität ex contractu, die aber nachgiebigen Rechtes ist:

1. Der Kokommodatare nach 324 O.-R. (neu für C.);
2. Der Komandanten (wie nach Satz 791, al. 2, C.);
3. Der Komandatare (neu für C.) nach 401 O.-R.;
4. Der Kodepositare nach 481 O.-R. (neu für C.);
5. Der Mitglieder einer einfachen Gesellschaft, die in Person oder durch Stellvertreter mit Dritten verhandeln, nach 544, 3. Das beruht im ersten Falle auf dem Zusammenwirken bei dem gleichen Akte, im Grunde also auf der Gemeinsamkeit des Handelns, in dem zweiten dagegen auf der solidarischen Haft mehrerer Mandanten nach 401, 1 O.-R.; bei der Kollektivgesellschaft dagegen beruht (I. 1) die Sammthaft der Socii auf dem gesetzlich normirten Gesellschaftsvertrage unmittelbar;
6. Der Wechselsignatäre, falls sie nicht nach 732 O.-R. durch den Beisatz: ohne Obligo u. dgl. jede persönliche Haft aus ihrer Unterschrift abgelehnt haben. Nur durch solche formale Zusätze ist also die Möglichkeit eingeräumt, der sonst eo ipso eintretenden Solidarität der Wechselsignatäre sich zu entschlagen und das ist auch bei
7. Den Genossenschaftern der Fall, die aber von vorneherein bereits in ihre Statuten (arg. 680, Ziff. 6) und jedenfalls in die dieselbe veröffentlichende Bekanntmachung den Ausschluß der persönlichen Haftbarkeit der einzelnen Genossenschafter aufnehmen müssen, 681 O.-R. Darin unterscheidet sich hauptsächlich die schweizerische Genossenschaft von der deutschen (Schultze-Delitzschen) nach dem Reichsgesetz vom 4. Juli 1868: in diesem ist die persönliche Haftbarkeit der Mitglieder zwingenden, in den schweizerischem Gesetze nur dispositiven Rechtes; nach 689 ist ihre Haft nur subsidiär, wird erst nach Liquidation des Gesellschaftsvermögens wirksam, und ist in diesem Paragraph das Wort Subsidiarhaft gebraucht, während es in den entsprechenden §§ 493 (betr. Bürgen) 564 (betr. Kollektivgesellschafter) nicht angewendet wird. Der Grund hievon ist äußerst einfach: 689 ist eigene

Schöpfung des O.-R., während 493 aus 934 Dresden und 564 aus 1301 Zürich. Priv.-Gesetzb. entnommen sind und sich Niemand ernstlich damit befaßt hat, gleiche Grundsätze auch mit gleichen Worten auszudrücken;

8. Der Bürge haftet in solidum, kann sich aber, was in Ziff. I nicht möglich ist, der Haft auf das Ganze durch Beschränkung auf einen Theil entschlagen. Aber seine Haft hat dieselbe Wirkung, wie diejenige der Kollektivgesellschafter: sie haften beide nur in subsidium. Für den Bürgen ist das alt hergebracht: die unter C unbekannten Benefizien desselben: Vorausklagung des Hauptschuldners und etwaiger Pfänder (in 493 und 494 O.-R.) haben für ihn die gleiche Bedeutung wie für den Socius die Betreibung gegen das Gesellschaftsvermögen, ehe er mit seinem Privatvermögen für Societätsschulden belangt werden kann (568 O.-R.) und es ist wohl von dem Standpunkte, welchen O.-R. ohne Zweifel einnimmt:

die Kollektivgesellschaft ist ein selbstständiges Rechtssubjekt, d. h. eine juristische Person —

diese über das deutsche Handelsgesetzbuch hinausgehende Bestimmung eine durchaus gerechtfertigte Folgerung.

9. Der Bürgschaft am nächsten steht das Delcrederestehen des Verkaufskommissionärs nach 438 O.-R. und als etwas für uns Berner Neues mag es hier in der Kürze berührt werden. (Der Einkaufskommissionär kann zwar ebenfalls für Güte, rechtzeitige Lieferung der Waare u. dgl. delcredere stehen, [darauf geht besonders das „für anderweitige Erfüllung der Verbindlichkeiten des Schuldners" in 438], allein meistens kommt das so vor: daß der Verkaufskommissionär für rechtzeitigen u. s. w. Eingang der Gelder aus von ihm für den Kommittenten abgeschlossenen Verkäufen einsteht.)

a. In dem sechszehnten Titel: Kommission des O.-R. diente das D. H.-Gb. als Grundlage; in Umstellung von dessen Artikeln, in kleineren Redaktionsveränderungen, in geringen Nachträgen aus der Praxis des R.-O.-H.-G. (so z. B. 435 O.-R. a. E.) bestand die Arbeit, welche im

O.-R. niedergelegt ist, wobei immer zu bedauern ist, daß man nicht wörtlich kopirte. Dadurch hat sich eine Ungewißheit für unsere Aufgabe eingeschlichen:

Art. 370 al. 2 D. H.-G. sichert dem Kommittenten das Recht, unmittelbar gegen den Kommissionär vorzugehen, falls ihn der Dritte (Käufer) — auf den jener gewöhnlich Rimessen in Händen hat — nicht bezahlt; es ist da von Vorausklagung des Hauptschuldners, Verwerthung allfälliger Pfänder, die dem Gläubiger nach O.-R. zur Belangung des Bürgen nöthig sind, nicht die Rede. Gerade dieß al. 2 ist aber im O.-R. beseitigt; 438 al. 1 O.-R. ist so gefaßt:

„Abgesehen von dem Falle, wo der Kommissionär unbefugter Weise Kredit gewährt, steht er für die Zahlung oder anderweitige Erfüllung der Verbindlichkeiten des Schuldners nur dann ein, wenn dieses von ihm übernommen oder am Orte seiner Niederlassung Handelsgebrauch ist," —

welcher Absatz so ziemlich mit 370 al. 1 D. H.-Gb. übereinstimmt, dessen al. 3 sodann als Absatz 2 des O.-R. erscheint.

Ist das ein bewußtes Abweichen von dem D. H.-Gb., in dieser Frage? muß der Kommittent zuerst den Käufer belangen, ehe er den Kommissionär angreifen kann, oder darf jener von vorneherein diesen seinen Vertrauensmann um Zahlung angehen? — M. E. ist das nicht der Fall: das D. H.-Gb. hat hier die constante, überall sich vorfindende Anschauungsweise des gesammten Handelsstandes wiedergegeben. Die französische Jurisprudenz geht hiemit einig (Lyon-Caen précis t. I., No. 779 note 3: — — certainement le commettant peut agir contre le commissionnaire sans avoir cherché à obtenir du tiers l'exécution de ses obligations), ohne sich auf einen Text ihres Gesetzes berufen zu können, und unser neu-schweizerisches Recht ist nichts Weiteres als eine Wiedergabe des in den Nachbarstaaten und auch bei uns seither geübten Rechts.

Man könnte sich freilich im entgegengesetzten Sinne auf den Wortlaut von 438 O.-R. berufen: Der Kommissionär „steht — — ein," was in 489 O.-R. gerade auch für die Bürgschaft gebraucht wird: „Der Bürge verpflichtet sich — — für die Erfüllung der Schuld des letztern (des Hauptschuldners) einzustehen"; indessen ist 489 O.-R. nur eine Reproduktion von Art. 927 Dresdner Entwurf, in welchem überhaupt von Kommission nicht die Rede ist und welcher nur dafür bestimmt war, neben dem bestehenden Handelsgesetzbuche Normen für den bürgerlichen Verkehr aufzustellen und durch den Gebrauch des schon in 370 D. H.-Gb. sich findenden Wortes: einstehen gewiß sich nicht in einen Gegensatz zu diesem setzen wollte; der gewöhnliche Bürge hat nach Art. 934 Dresd. die Wohlthat der Vorausklage; der Kommissionär hat sie nicht nach 370 al. 1 D. H.-Gb. beide stehen ein für die Bezahlung der Schuld — das wird auch in der Schweiz gelten müssen, zumal 438 O.-R. keine besondere Hinweisung auf den Titel über die Bürgschaft enthält.

b. Das in a Erwähnte als richtig vorausgesetzt ergibt sich für unsre Klassifikation der Sammtschulden nach ihren Wirkungen Folgendes:

Der Bürge wird, falls er nach 495 O.-R. sich noch als Selbst-Zahler, Schuldner u. dgl. bezeichnet zu einem prinzipalen, mit dem Schuldner selbst dem Gläubiger auf gleicher Linie stehenden Correus, wiewohl er den Rückgriff für die gesammte von ihm bezahlte Schuld an den Schuldner hat;

der Delcredere stehende Kommissionär hat eo ipso diese Stellung dem Kommittenten wie dem Dritten gegenüber; im Delcrederestehen liegt an sich prinzipale Correalität. Es ist dieß ein wichtiger Fingerzeig für die später aufzuwerfende Frage: ob außer den gesetzlichen Fällen der contraktuellen Solidarität dieselbe auch stillschweigend begründet werden könne, worauf hier nur einstweilen aufmerksam gemacht werden soll.

III. Solidarität in Folge einer untheilbaren Schuld. Davon war pag. 612—623 dieſes Aufſatzes die Rede und es ſoll hier nur wiederholt werden:

ſie iſt in ihren Wirkungen ganz dieſelbe, wie die vertragsmäßige, beſonders gewollte Sammthaft für eine theilbare Leiſtung, ſolange nicht Schadenserſatz an die Stelle der urſprünglich untheilbaren Leiſtung tritt.

Sie verbirgt ſich in dem ſchillerndſten Gewande aller Solidaritätsformen, denn ſie iſt bis zu dem Stadium der Verwandlung eine Nothwendigkeit, logiſch nicht anders denkbar, da der Gläubiger eine Theilzahlung nicht anzunehmen ſchuldig iſt und der Grundgedanke bei ihrer Begründung der war: daß ihm nur in solidum geleiſtet werden könne, und ſie iſt alſo an die Seite von Klaſſe I zu zu ſtellen, aber

von der Verwandlung in Geldintereſſe an iſt ſie nach O.-R. noch weniger als Kl. II, vielmehr reine Theilſchuld eo ipso, wiewohl Nichts entgegenſteht, wenn die Schuldner der untheilbaren Leiſtung auch nach deren Untergang in urſprünglicher Form auch noch in solidum auf das Geldäquivalent haften zu wollen ſich erklären.

Schon nach dieſem Ueberblick über die verſchiedenen Figuren der Solidarſchuld iſt es klar, daß das gemeinſame Band, welches ſie alle durchdringt, kein anderes iſt, als das, was man Solidarität im weiteſten Sinne nennt:

eine Leiſtung wird ganz von jedem Einzelnen der Mitſchuldner geſchuldet,

mit der Tilgung durch einen der Sammtverpflichteten an den (oder die) Gläubiger wird ſie aufgehoben, jeder derſelben liberirt.

Läugnen wird man aber nicht können, daß in dieſem Rahmen ſich für eine ſchöne Anzahl verſchiedenartiger Spannungen (Obligationen) Platz findet, ja dieſelben ihrem Weſen zufolge unter einander weiter auseinander gehen können, als ſie gegen die zweite Grundfigur der Sammtſchuld abſtechen: die Haft aus gemeinſchaftlichem Delikt iſt ein Muß wie die von offenen Geſell-

schaftern und Gründern, ihre ganze Differenz besteht in der schliesslichen Auseinandersetzung der Sammtschuldner ($60,_2$ und 168), aber bei dieser kommt immerhin eine solche vor, während bei den Indossanten der Regreß immer nur den frühern Signatär, bei den Frachtführern regelmäßig nur den Fehlbaren ergreift und die übrigen Solidaristen keinen Antheil an der Bezahlung auf sich nehmen müssen. — Von viel größerer Wichtigkeit als dieses Unterscheidungsmerkmal scheint aber das zu sein:

daß prinzipale und subsidiare (die letztere bei Kollektivgesellschaftern und bei Bürgen nach II, 8) Solidarität

neben einander vorkommen und diese beiden in A I und II unterschiedenen Figuren vom Gesetze als solche aufgestellt sind: Einer für Alle, Alle für einen, diese Hauptformel der Sammtschuld verträgt ja kaum das Einstehen in zweiter Linie und sind die Römer bei der Bürgschaft allein aus Rücksicht für den ohne materielles Interesse zu der Hauptschuld accedirenden Bürgen dahin gekommen, ihm eine Rechtswohlthat zu erweisen, während unter O.-R. die subsidiäre Haft als eine prinzipiell feststehende Form vorkommt. — Keine Codifikation unserer Nachbarstaaten hat m. W. eine ähnliche Bestimmung, wie die in 568 O.-R. statuirte subsidiäre Haft der Kollektivgesellschafter für die Societätsschulden, namentlich gewährt das D. H.-Gb. den Gesellschaftsgläubigern das Recht, in erster Linie auch die Societäre individuell zu belangen; aber die Tendenz, sie unter diesen ihr widerstrebenden Gesetzgebungen zur Geltung zu bringen, herrscht vor und der franz. Cassationshof hat sie sogar in einem Arrêt vom 14. Aug. 1858 als richtig anerkannt, während der preuß. Entwurf zum D. H.-Gb., der denn doch dessen Grundlage bildet, in seinem dahinzielenden Art. 117 verworfen wurde. (v. Hahn, Commentar ad. 112 D. H.-Gb. § 6 und 7.) Nur das neue belgische Gesetz stimmt in seinem Art. 122 mit dem S.-O.-R. überein. (Lyon-Caen und Renault, I, Nr. 337.)

Es handelt sich unter dem O.-R. ebensowenig darum:

welche Grundidee die Römer zu ihrer Correalität und bloßen Solidarität, welche die Franzosen zu ihrer solidarité parfaite et imparfaite —

getrieben habe, ſondern

welche leitenden Gedanken aus den eigentlich normirenden, d. h. Anordnungen für die Entſcheidung der Hauptfragen gewährenden Paragraphen des neuen Geſetzbuches herauszuſchälen ſeien,

und dieſe ſind nicht aus der Rechtshiſtorie zu gewinnen, ſondern aus den Wirkungen der Sammtſchuld, wie ſie das Geſetz ſelbſt aufſtellt. — Als Reſultat dieſer vorſtehenden Sammlung der kontraktuellen Fälle der Solidarität ſtellt ſich Folgendes heraus:

1. Solidarität iſt = Haften Mehrerer für dieſelbe Leiſtung in toto;

2. Sie kann eine prinzipale, wie eine ſubſidiäre ſein;

3. Sie führt zur Vertheilung des einmal Geleiſteten unter die ſämmtlichen Mitſchuldner oder zum Hängenbleiben eines einzigen von ihnen.

Ziffer 2 gehört in die erſte Hauptfrage bei der Solidarität (vgl. pag. 407):

Wie ſtehen die Schuldner dem Gläubiger gegenüber?

Ziffer 3 in die zweite:

Wie ſtehen ſie nach der Befriedigung des Gläubigers unter ſich?

Auf dieſes Reſultat geſtützt, läßt auch 496 O.-R. eine befriedigende Erklärung zu; dieſer Artikel lautet:

„Mehrere Bürgen, welche gemeinſam die nämliche theilbare Hauptſchuld verbürgt haben, haften für ihre Antheile als einfache Bürgen und für die Antheile der Uebrigen als Nachbürgen.

„Haben ſie ausdrücklich mit dem Hauptſchuldner nach Artikel 495 oder unter ſich Solidarhaft übernommen, ſo haftet Jeder für die ganze Schuld mit verhältnißmäßigem Rückgriffe gegen die Mitbürgen."

Dieſe Beſtimmung ſcheint Gegenſätze zu enthalten und zwar: in al. 1, Nichtſolidarität der Bürgen, in al. 2, Solidarität derſelben, und darin beſtärkt noch die Vermeidung dieſes Ausdruckes in dem erſten Abſatze, die Erſetzung deſſelben in dem franzöſiſchen Texte durch conjointement; das hat eine techniſch ausgebildete Bedeutung im franzöſiſchen Rechte: es iſt

dort = gegensätzlich zu solidairement, bezeichnet nur das vielleicht ganz zufällige, äußerliche Antheilnehmen an einem Rechtsverhältnisse, z. B. A., B., C. sind Schuldner des X. von Fr. 300 und haben darüber nur Eine Schuldschrift unterzeichnet, — notab. ohne in kaufmännischem Verkehr zu stehen, denn da statuirt die französische Jurisprudenz in Uebereinstimmung mit der mittelalterlichen Entwickelung, vgl. pag. 624, Solidarität eo ipso, so daß jeder Belangte das Ganze bezahlen muß ohne die Rechtswohlthat der Theilung zu genießen — allein auf das Ganze, in solidum haftet doch jeder Mitbürge, nur sind die prozeßualischen Maßnahmen andere, je nachdem sie sich in der oder jener Form verbürgt haben und es sind in dieser Beziehung folgende Fälle zu unterscheiden:

a. Mehrere Bürgen, z. B. 3, A., B., C., treten accessorisch der ihnen materiell fremden Schuld eines Debitors X. hinzu: der Gläubiger belangt jeden nur auf 100, einen nach dem andern, alle drei von vornherein je nach seinem Belieben, nur darf er von Anfang an nicht einen von ihnen um 300 in Anspruch nehmen; erhält er von C. z. B. nichts, so belangt er dann den A. oder den B. auf den Ausfall der C'schen Quote, und wenn einer von diesen gezahlt hat, so regredirt dieser für 50 auf den Nichtbelangten; ebenso kann er, nach der konstatirten Nichterhältlichkeit der C'schen Quote, dieselbe sofort unter A. und B. theilen und von jedem 50 verlangen. Demselben Schicksale ist auch A. unterworfen, falls B. und C. insolvent sind: er haftet für 300 in diesem Falle, nur muß vorher die Nichterhältlichkeit der diese betreffenden Quoten von je 100 nachgewiesen sein.

b. Unsre Mitbürgen A., B. und C. haben sich nach 495 O.-R. solidarisch, mit dem Zusatz zu ihrer Bezeichnung als Bürgen: Selbstschuldner u. ä. als von X, belangbar erklärt; das heißt Nichts anders, als: wir verzichten auf die Wohlthaten des Gesetzes für die Bürgen, wir stellen uns dem X gegenüber, als seien wir materiell Träger der gleichen Verbindlichkeit, wie sie dem Schuldner obliegt, X soll nicht Rücksicht nehmen müssen auf sein Wissen um die Thatsache, daß

wir eine fremde Schuld übernahmen. Das zeigt sich in den Folgen dieser Verpflichtungsform, es fallen nur die Exkussionsbenefizien der unmittelbar vorangehenden Artikel 493 und 494 zu Gunsten von A., B., C. hinweg.

c. Die Mitbürgen haben nur unter sich Solidarhaft übernommen, dann haftet jeder von vornherein in solidum, wie im Fall b. nach 496, 2 O.-R. Das scheint sonderbar: was geht denn den Gläubiger der Umstand an, wie die Bürgen unter sich den Regreß- und Vertheilungsmodus festgesetzt haben? A. z. B. verspricht, falls für den Schuldner bezahlt werden müsse dem B. und C., allein das Ganze zu tragen, und demgemäß, falls er belangt werde, gegen keinen von ihnen zu regrediren, falls B. oder C. von X. zu zahlen gezwungen werden, dem Alle Liberirenden die Fr. 300 ganz zu ersetzen.

Demungeachtet hat diese Bestimmung Hände und Füße: jede Bürgschaftsverpflichtung muß schriftlich sein, 491 O.-R., der betreffende Akt ist ein Vertrag mit dem Gläubiger, dessen Urkunde diesem zugestellt wird; er soll Alles enthalten, was die Kontrahenten in diesem Verhältnisse unter einander ausgemacht haben, 11 O.-R.; es kommt also der Regel nach dem Gläubiger Alles zu Gesichte, was bis zum letzten Stadium der Tilgung einer Solidarobligation, und bis zur Auseinandersetzung unter den Sammtschuldnern Rechtens sein kann; das Gesetz geht von der Voraussetzung dieser regelmäßigen Entstehung des Verhältnisses aus. M. E. hindert aber Nichts, daß

A., B., C. nachträglich conveniren, und zwar mündlich, da die Schriftform Ausnahme ist, und diese nur für das Verhältniß des Gläubigers (nach 491) zu den Bürgen Perfektionsform ist: A. wolle die 300 Fr. schließlich auf sich allein nehmen, und daß das von vornherein die — vor X. vielleicht geheim zu haltende — Absicht unter den Mitbürgen sei, und diese bedarf m. E. auch keiner Schriftlichkeit.

Will man aus Ziffer 2 noch eine besondere Kategorie weiter bilden, nämlich:

subsidiäre Haft kann sein das:

entweder von vornherein auf das Ganze Belangbarsein,
oder „ „ nur auf einen Theil Belangbarsein,
so ist dagegen Nichts einzuwenden, als daß sie stark nach Scholasticismus riechen würde und dieselbe eine prinzipielle Verschiedenheit der Behandlung durch ihre Aufstellung nicht involvirt.

Wenden wir uns nun zu

B. der aus Delikten entsprungenen Solidarität, so ist deren Wesen in 60, al. 1 O.-R. für alle einschlagenden Fälle einheitlich bestimmt; alle Anstifter, Urheber oder Gehülfen haften in solidum, nur der Begünstiger wird nach 60, al. 3, nicht weiter haftbar, als er in Folge der unerlaubten Handlung einen Antheil am Gewinn empfangen oder durch seine Betheiligung Schaden verursacht hat. — Für unser bernisches Recht bringt diese Bestimmung des O.-R. kaum Aenderungen hervor; für den C. Napoléon entscheidet es die dort noch immer controverse Frage: ob die Solidarität der Codelinquenten sich nach 55 C. pénal auch auf bloße Contravenienten beziehe, mit Recht m. E. zu Gunsten der bejahenden Ansicht. (Dagegen vgl. Demolombe t. 26, Nr. 265 f.).

Auf gleicher Linie bezüglich des Regresses von Bürgen, Frachtführern, Wechselsignatären steht die Haft der Eltern u. ä. nach 61 und der Geschäftsherrn nach 62 O.-R. für die Delikte der Kinder, Angestellten nach 63 ibid. Diese sogen. Quasidelinquenten sind in erster Linie bedroht, haben aber gegen die Thäter selbst den Regreß, soweit diese für ihre Handlungen selbst verantwortlich erklärt werden können. Hieraus erzeigt sich, daß die Kategorie von Ausgleichung unter den Correi im Gegensatz von Nichtausgleichung unter ihnen, auf welche bei kontraktlicher Solidarität sub A I 2 hingewiesen wurde, auch die deliktischen Arten von Gesammtschuld durchzieht.

An das Gesagte knüpft sich die Frage an: ob eine kontraktuelle Solidarität, abgesehen von den gesetzlichen Fällen, auch tacite entstehen könne, ohne daß in der Verpflichtung der mehreren Schuldner ein dieselbe andeutender Ausdruck, wie

solidarisch u. dgl. gebraucht worden ist?

Das Material hiezu liegt, soweit ich dasselbe zusammenstellen konnte, in Folgendem:

1. C. Napol. und die westschweizerischen Codifikationen verlangen eine ausdrückliche Willenserklärung: la solidarité ne se présume point; il faut qu'elle soit expressément stipulée, sagt art. 1202, al. 1, C. Napol.
2. Auf demselben Standpunkt stehen die mittelschweizerischen Codifikationen unter dem Vorbilde von Bern: die S. 694 C. verlangt zwar nur gesetzmäßige oder vertragsmäßige Bestimmung, und unter dieser könnte man auch eine stillschweigende, also aus einem Vertrag erst zu eruirende, in ihm durch Interpretation zu findende verstehen, allein die Jurisprudenz hat das nie so verstanden, sie hat sich vielmehr an den (angeblich) römischen Satz gehalten: Solidarität entsteht nur expressis verbis, den man in Nov. 99 zu finden glaubte.
3. Dagegen hat Zürich in § 936 nach preußischem Muster die Sache umgekehrt: im Zweifel präsumirt es hier seine sogen. Gesammtschuld, welche § 935, litt. b. Zür. Gesetzb. dahin normirt:

   daß zwar zunächst die ....Schuld in Theile zerfällt, aber die Theile fortdauernd als Bestandtheile einer sie verbindenden ....Gesammtschuld zu betrachten sind (eigentliche Theilschulden).

   Dieselbe steht nach § 935, litt. a., Zür. Gesetzb. allerdings in einem Gegensatz zu der eigentlichen Solidarschuld, deren Kennzeichen darin gesetzt wird:

   daß jeder der mehreren ....Schuldner ohne Theilung der ....Schuld zunächst für das Ganze — verpflichtet erscheint —

   allein der Gegensatz ist kein anderer, als der für Bürgen und Kollektivgesellschafter bereits hervorgehobene:

   bei Solidarschuld: Belangbarkeit jedes Correus von vornherein auf das Ganze;

   bei Gesammt- (Theil-) Schuld: Belangbarkeit jedes Correus von vornherein nur auf seine Quote;

so daß nichts Anderes dadurch statuirt wird, als der auch bereits bemerkbar gemachte Unterschied von prinzipaler und subsidiärer Gesammtschuld. Etwas ganz Aeußerliches wurde zu einem unterscheidenden Kriterium gemacht, das gar nicht diese Bedeutung hat, eigentlich nur der (Eintreibungs=) Zeit nach Verschiedenes zu einem begrifflich Verschiedenen aufbläst und bloß einer deutschthümlichen Marotte zu lieb und um eine Dreitheilung von drei verschiedenen Rechtsgebieten angehörenden Züricher Besonderheiten, nämlich:

Juristische Personen i. S. (römische universitas) — Genossenschaften (Theilrechtbesitzer der Nutzungsgemeinden und Aktienvereine) — Verein mehrerer Individuen (in § 19—43 Zür. Gesetzb.);

Miteigenthum (röm. condomium) mit ideeller Quote in 555 f.) — Gesammteigenthum (Genossenschaft mit Theilrechten in 567—572 Zür. Gesetzb.) — Alleineigenthum;

Solidar — Theil — Einzelschuldner (die letzteren nur zufällig in einem Akt verbunden) —

durchzuführen. Das Alles ist nun zwar wissenschaftlich aufgegeben; wie in diesem Aufsatze, pag. 605 f., bemerkt wurde, ist aus der Züricher Einzinserei eine angeblich deutsch-nationale Besonderheit im Züricher Gesetzbuche, zurechtgelegt worden, die nur selten vorkommt und von der römischen Solidarität unter Ausschluß der Nov. 99 weit überwogen wird. Vgl. Stobbe, d. Priv.=R. III., § 176, bes. Nr. a und b. Für unsere Zwecke genügt es: vor Einführung des O.=R. gab es in der Ost=Schweiz — denn diese lebt ja so zu sagen unter dem Züricher Gesetzbuche — Gesetzgebungen mit Präsumtion für die Solidarität mehrerer Schuldner.

4. M. E. sind die Anschauungen des schweizerischen Handelsstandes kaum unterschieden von denen der Nachbarstaaten; in dem Handelsrecht galt aber seit dem Mittelalter durchweg die in den D. H. G., Art. 280, codificirte Regel: gemeinschaftliche Verpflichtung Mehrerer in Handelsgeschäften involviret Solidarhaft derselben bis zum Beweise des Gegentheiles. Das ist auch konstante Jurisprudenz unter der

Herrschaft des französischen Code de commerce, wiewohl dieser keine derartige Bestimmung enthält, sich vielmehr auf die Normen des C. Napol. für alle Arten von contrats commerciaux stützt, so daß man sie aus einem mittelalterlichen Gewohnheitsrecht herleitet, welches der C. de comm. nicht habe abändern wollen. Lyon-Caen, t. I, Nr. 531 und 597.

Mit diesem Material in der Hand scheint mir die hier zu entscheidende Frage bejaht werden zu müssen, wiewohl O.-R. in dem prägnantesten Falle: Darlehnsschuld mehrerer Schuldner die Präsumtion für die Solidarität derselben nicht ausspricht. Die Gründe hierfür sind folgende:

a. O.-R. ist an sich das commerciellste Gesetzbuch für den bürgerlichen (und Handels-) Verkehr, das es in der Neuzeit gibt. Man vergleiche z. B. unser C. über Kaufvertrag mit O.-R. 229—273 und man wird sich des Eindruckes nicht erwehren können, daß die zu bürgerlichem Rechte gewordenen Vorschriften über schnelle Untersuchung der Sachmängel und aus deren Unterlassung resultirende Verwirkungen, über Verpackung, Tara u. s. w. das reinste zu jus commune gewordene jus mercatorum enthalten. Das spricht sogar dafür, daß die Lyon-Caen'sche Formel a. a. O.:

> en matière commerciale, tous les co-obligés sont tenus solidairement à moins de convention contraire —

auch in Zukunft für die Schweiz gelte. (Siehe jedoch sub c.)

b. Noch mehr: wir haben keine Schwierigkeit zu beseitigen, wie sie die Franzosen im Handelsrechte wegen 1202, 1. C. Napol. überwinden müssen; im Gegentheil erklärt Art. 1 O.-R., daß jede stillschweigende Willenserklärung der ausdrücklichen gleich stehe, wovon nur eine Ausnahme bilden: die bestimmten gesetzlichen Vorschriften in einzelnen Instituten, wie Bürgschaft, Kreditauftrag, Formalpapiere. Gegen die Anwendbarkeit der Regel des § 1 müßte aus

dem O.-R. selbst bewiesen werden, daß für Solidarschulden eine bestimmte Ausnahme im Gesetze statuirt sei: sie ist aber nicht erweislich. Allerdings ist 162, al. 2, O.-R. so gefaßt:

Ohne solche Willenserklärung entsteht Solidarität nur in den vom Gesetze bestimmten Fällen.

Allein welcher Art muß diese Erklärung sein? steht in dem angezogenen Satze etwas von *expressément* stipulé, wie in 1202 C. Napol.? — Nein: Willenserklärung ist haarscharf dasselbe, was 1 O.-R. Willensäußerung nennt; es bedeutet hier den Gegensatz zu Willensbestimmung, den äußern Vorgang bei dem Vertragsschlusse unterschieden von dem innern, ihm vorausgehenden Entschlusse. § 1 O.-R. ist die allgemeinste Vorschrift dieses Gesetzes, absichtlich an die Spitze desselben gestellt nach langen Diskussionen in den vorberathenden Kommissionen; dieser Anfangsartikel steht auch neben 162, als wäre er besonders zu ihm wiederholt, weil er das ganze System des O.-R. durchdringt. Paraphrasiren wir 162 mit ihm, so lautet er:

Solidarität unter mehreren Schuldnern entsteht, wenn sie erklären, daß dem Gläubiger gegenüber jeder einzelne für die Erfüllung der ganzen Schuld haften wolle. = 162, al. 1.

Diese Erklärung kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein. = 1 O.-R. a. E.

Ohne solche Willenserklärung entsteht Solidarität nur in den vom Gesetze bestimmten Fällen. = 162, al. 2.

und bei dieser Fassung würde Niemand daran zweifeln, daß die im Gesetze wirklich aufgeführten Fälle (pag. 253 f.) nur enunciativ, aber nicht limitativ aufgestellt seien.

c. Es ist nicht nöthig, eine Präsumtion für Solidarität nach preußischem Muster und nach Handelsgewohnheit für das neuschweizerische Recht aufzustellen, sondern den § 1 O.-R. nur soweit anzuwenden, als er in der That lautet: eine stillschweigende Willenserklärung genügt dazu,

die aus den Umständen zu entnehmen ist, welche den concreten Fall begleiten: ein Darlehn von Fr. 300 an A., B., C. zur Ausführung einer Ferienreise wird sie zu Solidaristen machen, falls sie in dem Schuldscheine Ausdrücke, wie: solidarisch, einer für den andern, nicht gebraucht haben, wie ein gleiches Darlehn an A., B. und C., mit dem sie besondere Bedürfnisse befriedigen wollen, noch keine Solidarität derselben begründen wird. So auch bei mehreren Käufern oder Verkäufern: diese haften, falls das Kaufsobjekt ein untheilbares ist, nach 79, al. 1 O.-R. in solidum; allein eine an sich theilbare Leistung, z. B. eine Waarenlieferung, kann von den Verkäufern D., E., F. in solidum übernommen sein, wenn aus dem Kaufvertrage zu entnehmen ist, daß sie als Ganzes gewollt würde.

Möglich ist es, daß sich nach der Herrschaft des O.-R. derselbe Zustand in praxi herstellen wird, wie er in der französischen, wie in der gemeinrechtlichen Jurisprudenz besteht: prima facie sind Verpflichtungen von Handelsleuten = solidarisch, solche von Nichtkaufleuten = individuelle, für Theile eingegangen; es handelt sich aber zu der Lösung dahin zielender Fragen nicht um verschiedene Prinzipien, sondern um die Anführungs- und Beweispflicht des die Sammthaft Behauptenden.

d) Ist das pag. 260 Bemerkte richtig, nämlich daß der delkredere stehende Kommissionär prinzipaler Sammtschuldner sei, so ist nicht abzusehen, weßhalb nur da, nicht auch in andern Fällen tacite eine Solidarität entstehen könnte; denn worauf beruht denn dort die Sammthaft anders als auf stillschweigend Gewolltem?

e) Ich gehe sogar noch weiter als m. W. bis jetzt nur irgend Jemand in dieser Lehre gegangen, indem ich den Satz aufstelle:

ex re, aus zufälligen Einzelfakten kann eine solidarische Verbindlichkeit entstehen,

und benutze zu dem Ende das von Strohal bei Grünhut 1881 in der Rezension des Buches von Hasenöhrl herangezogene Beispiel.

Ein abgelegenes Hüttenwerk, zu welchem in den Wintermonaten kein für größere Lasten praktikabler Zugang besteht, bestellt seinen Kohlenbedarf x bei M., N. und O. ohne daß einer von diesen von der Bestellung bei dem andern etwas wußte. Alle drei sind in mora; die Hütte steht sechs Wochen lang still; M. wird zur Zahlung des Gesammtinteresses an die Hüttengesellschaft verurtheilt. Hat er Regreß auf N. und O., nachdem er erfahren, daß N. und O. in gleicher Verschuldung stehen, wie er?

Schwerlich wird dem M. diese Ausgleichung Jemand zu Theil werden lassen; jeder Verkäufer kontrahirte für sich, jeder hat den Schaden verursacht, jeder ganz, jeder muß die gesammten Folgen seiner Culpa ertragen. Die Hütte hat keine Klage mehr gegen N. und O., da ihr durch M. der Schaden vergütet wurde; bereichert haben sie sich zwar nicht auf Kosten des M., sie sind nur durch die satisfactio der Hütte nicht ärmer geworden; zu der in solchen Fällen gewöhnlichen Aushülfe mit der Versionsklage kann nicht gegriffen werden: der Nebel, das Vage, Unbestimmte in welches sie die Jurisprudenz der letzten Jahrhunderte gehüllt hat (vrgl. u. a. Dereburg, preuß. Privatr., § 252 und 253) reicht nicht so weit, um einen Fall wie den vorliegenden zu beherrschen. Ex delicto eine Gesammtschuld von M., N. und O. anzunehmen ist auch nicht möglich: dazu gehört gemeinsames Handeln resp. Unterlassen, aber hier war ein jeder für sich. — Von einer Gesammtcausa welche die drei Schuldner verbinden würde, ist also nicht die Rede, dem Zufall bleibt es somit überlassen, ob die Hütte sich den M., N. oder O. zur Vergütung ihres Schadens ausersieht.

So die gewöhnliche Regel der römischen Schule, in deren ordinärem Geleise wir Epigonen bewußt oder unbewußt uns stets bewegen: ich halte sie nicht für zutreffend; den Römern gerade entnehme ich, und zwar deren Aussprüchen über das jus

æquum das Gegentheil von dem, was ein secirender Verstand in den soeben aphoristisch gemachten Aufstellungen finden muß. Sie hatten, wo die durch Detaildeduktion allein operirende Betrachtungsweise in ein summum jus, summa injuria umschlug, wo hingegen die Combination, die Synthese noch zur Entscheidung nöthig war, in ihrer æquitas totius rei die Handhabe zur Remedur und ich erlaube mir nur eine einzige Stelle aus den vielen in der Schulstube betonten (vrgl. Keller, Pand. § 9) auszuwählen, um das Gesetz zu veranschaulichen. Der feine Tryphonin, den wir in den Pandekten kaum auf anderer Fährte entdecken, als da, wo eine Frage als unlösbar erscheint,*) behandelt in l. 31 depos. 16,3 die bona fides in den Verträgen, verlangt dafür die summa æquitas und zeigt sie in § 1 dieser lex in folgender Anwendung:

Ein Dieb deponirt bei mir Sachen; er hatte sie dem Sejus gestohlen, wovon ich, der Depositar, nichts wußte; soll ich sie dem Sejus oder dem Diebe zurückgeben?

Antwort: nach den speziellen Regeln des Aufbewahrungsvertrags dem Dieb (si per se dantem accipientemque intuemur);
nach dem rechtlichen Gesammtgesichtspunkt (si totius rei æquitatem scil. intuemur) dem Sejus.

Die letztere Ansicht macht der Jurist zu der seinigen, dem probo hanc esse justitiam quæ jus suum cuique tribuit rel. fügt er bei: nur durch Rückgabe an den Sejus handelt der Depositar recht, der respectus aliarum personarum sei zur Gewinnung der diesen Fall beherrschenden Rechtsregel nöthig, die Rücksicht auf den dem Aufbewahrungsvertrag total fremden Bestohlenen; die Rechtsanschauung wird eine andere durch diesen erst nachträglich bekannt gewordenen Thatumstand, — drängt sich da nicht folgende Paralelle auf?

Prozessualisch: jedes Faktum von Bedeutung ist streng und vollständig zu beweisen, so unser P. von 1847;

*) In den res dubiæ ist Tryphonin der Autor über die sogen. Commorienten, die Feinheit: das Finden eines Schatzes ist = der Occupation, rührt von ihm her u. a. m.

thatsächliche Ausführung in der Praxis:
aus der diffusen Masse der Prozeßfakten ergibt sich ein Gesammtthatbestand, aus dem die Würdigung der einzelnen Beweise erst wieder erfolgt, — diese Praxis wird ebenso constant geübt, als sie unserer Prozeßordnung mit ihrer legalen Beweistheorie entgegengesetzt ist;

Materiell: jedes Rechtsverhältniß steht unter seinen besondern Regeln, so alle unsere Rechtssysteme, es empfängt seinen Inhalt durch seine ursprüngliche Begründung —
warum denn da nicht einen Centralrechtsstandpunkt annehmen, der auch durch neben diesen besondern Regeln anschließende Umstände erst seine Wahrheit, sein Wesen erhält?

Das ist — wie Keller a. a. O. bemerkt — nicht die æquitas cerebrina, (subjektive Gefühlsduselei), sondern die durch Combination von allem rechtlich Relevanten ermittelte æquitas totius rei. —

Wäre die tryphoninische Entscheidung eine vereinzelte, so würde sie noch zu den Curiosa des corpus juris gezählt werden: allein es ist solcher Entscheidungen noch eine schöne Anzahl vorhanden, die angeführte ergeht sich in der Höhe der bona fides als des versöhnenden Prinzipes für verstandsmäßig Auseinanderliegendes über seinen und ähnliche Fälle; sie ist allgemeiner Natur und woher hätten wir denn anders unser O.-R. in seinen Hauptbestandtheilen (die Formalverträge nehmen wir aus) als aus solchen seit der Glosse generalisirten römischen Detailentscheidungen? *)

Woher aber die Anwendung auf den Fall von mora dreier Lieferanten? wo liegt das tertium comparationis zwischen ihm und dem Depositum einer gestohlenen Sache? — Ich denke es aufzeigen zu können.

*) Die Entscheidung Tryphonin's wird nicht zurückgewiesen für diesen Spezialfall durch 482 O.-R., derselbe verpflichtet nur den Bestohlenen noch zu schleunigen Diligenzien.

Gesetzt: die Hüttengesellschaft hat einen Schaden von rund Fr. 6000; sie klagt gegen M. mit Berufung darauf, daß er N. und O. für den ganzen Schaden tenent sei, nur ein Dritttheil, Fr. 2000 ein, dann beklagt sie den N. und O. gleichfalls, jeden auf ein Dritttheil.

Das ist vollkommen zulässig: der Gläubiger kann Theilzahlungen annehmen, verlangen, eintreiben, nur muß er es nicht. Es bedarf keiner weitern juristischen Bildung, um dann zu sagen: so, gerade so verlangt es die Gerechtigkeit, die justitia; nur 6000 hat die Hütte zu verlangen, jeder Lieferant trägt dieselbe Schuld an deren Schaden, es ist nun zwischen ihnen auszugleichen. Wird man nicht beifügen: legt man einem Schuldner allein die Bezahlung der Fr. 6000 auf, während zwei derselben frei ausgehen, so kann das doch unmöglich Rechtens sein?

M. E. befindet sich die bloß auf einen Punkt gerichtete, ihn logisch verfolgende Jurisprudenz noch in den Kinderschuhen: in unserm Falle der mora hat jeder zu gleichen Theilen an der Vergütung des Interesses an das Hüttenwerk zu participiren, weil gleiche kontraktuelle Schuld auch die gleichen Folgen für jeden Morosen haben soll. Ist das aber richtig, so kommen wir von der Ausführung, der letzten regelmäßigen Folge und Tilgung einer Sammtschuld auf den Punkt zurück, auf den es hier ankommt; die gebotene Vertheilung der Ersatzsumme muß eine juristische Basis haben und diese kann nur in der Aufstellung einer durch zufällige Ereignisse, ex re entstandenen Solidarität solcher Schuldner gefunden werden.

Dieses Ergebniß ist so wenig übereinstimmend mit dem, was unisono überall gelehrt wird, daß ich nicht wage, als besondere Kategorie von Solidarität die

ex re entsprungene

neben die anerkannten:

ex voluntate,

ex lege —

entsprungenen zu stellen, sondern es bei den in diesem Abschnitte aufgestellten Eintheilungsgliedern bewenden lasse.

# Literarische Anzeigen.

## Französische Rechtsliteratur.

Besprochen von Hrn. Prof. Dr. Brissaud in Bern.

**Précis de Droit civil par G. Baudry-Lacantinerie,** professeur à la Faculté de droit de Bordeaux. — T. 1er — 877 pages. — Paris, Larose et Forcel, 1882.

Ce livre a été écrit surtout pour faciliter l'étude du droit aux commençants; l'auteur le dédie à la jeunesse des écoles, *cupidæ legum juventuti;* elle lui a déjà fait un excellent accueil et il ne pouvait en être autrement; l'œuvre de M. B.-L. a toutes les qualités des œuvres classiques: netteté, clarté merveilleuse, sûreté des doctrines, partout l'ordre et la méthode. A cet égard, on ne saurait trop recommander aux étudiants ce Précis de droit civil. Mais il me semble que bien d'autres personnes trouveront profit à le lire. Mon savant maître, M. B.-L. n'a pas songé à elles. Il n'a eu d'autre ambition que de faire un ouvrage élémentaire et il y a pleinement réussi. Mais sans le vouloir, ou peut-être sans que sa modestie se l'avouât, il a fait bien mieux. Il a, dans un cadre restreint, présenté un tableau d'une rare exactitude de ce droit civil français qui va se développant et se complétant sans cesse par le double effort du législateur et de la jurisprudence. Il a su donner à chaque règle sa place, à chaque idée le relief qu'elle mérite. Combien cela est difficile? On peut s'en faire une idée en comparant le Précis de M. B.-L. à quelques autres manuels du même genre. Le plus répandu de ces manuels est celui de Mourlon (Répétitions écrites sur le C. Napoléon).

Mourlon est aussi diffus, prolixe, peu méthodique que M. B.-L. est simple, précis, ordonné. Le Cours de droit civil français de M. Arntz, professeur a l'Université de Bruxelles, a des qualités de premier ordre; mais il est souvent aride, abstrait, d'une lecture pénible. La même critique peut être adressée au Manuel de Droit civil de M. E. Acollas; le droit y devient une algèbre; les exposés de systèmes qu'on y trouve à toutes les pages sont de la plus fastidieuse sécheresse. Que l'on prenne, les uns après les autres, tous

les traités élémentaires de droit français, on verra combien ils laissent à désirer. Le livre de M. B.-L. comble une lacune. Il nous donne cet exposé à grands traits, large et sûr, auquel il faut toujours avoir recours, — comme on a recours à une carte d'ensemble, après avoir étudié des cartes détaillées, pour se faire une idée juste du tout et des parties qui le composent. C'est un de ces livres par lesquels on doit commencer et par lesquels on doit aussi finir. —

Je n'analyserai point le Précis de M. B.-L. Il porte sur trop de matières. Mais peut-être me saura-t-on gré de rappeler ici les dispositions des lois nouvelles sur lequelles il contient quelques développements.

C'est d'abord le Décret du Gouvernement de la Défense nationale en date du 5 novembre 1870. Il a pour objet de simplifier la publication des lois. La publication ordinaire se fait désormais par insertion au Journal officiel, lequel remplace en principe le Bulletin des Lois.

Une loi du 16 octobre 1874 modifie quelque peu la loi du 7 février 1851 relative à la nationalité française.

Il a été rendu en 1871 et 1872 quelques lois concernant les registres de l'Etat civil. Des registres avaient été détruits lors de la guerre franco-allemande ou du temps de la Commune; des actes avaient été dressés fort irrégulièrement. L'intervention du législateur fut jugée nécessaire, le droit commun étant d'une insuffisance manifeste. M. B.-L. a expliqué les principales d'entre ces lois de circonstance (v. p. 163 etc.).

La loi du 27 février 1880 limite les pouvoirs du tuteur en ce qui touche l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits.

Enfin, les règles du Code civil sur la mitoyenneté des clôtures, sur les plantations, les droits de passage en cas d'enclave, ont été modifiées par une loi du 25 août 1881, fragment détaché de ce Code rural que la France prépare depuis 80 ans et qui sera un chef d'œuvre, si la valeur d'une loi se mesure au temps dépensé pour la faire.

**L'œuvre économique de L. Wolowski par Jules Rambaud,** professeur à la Faculté de droit de Grenoble (1 vol., 508 pages) — Paris, 1882, Larose et Forcel.

Il y a peu d'hommes dont la vie ait été plus mêlée au mouvement économique de ce siècle que celle de Wolowski.

Il commença par le droit; la science juridique lui doit la fondation d'une importante Revue, la Revue de législation et de jurisprudence (1834); citons en passant le programme qu'il avait rédigée pour ce recueil: — « Histoire et philosophie du droit; législation comparée; discussion des questions les plus importantes du droit actuel en matière civile, commerciale, criminelle, et administrative; examen critique des projets de lois présentés aux Chambres, de la doctrine des auteurs et de la jurisprudence des arrêts; analyse des travaux de droit publiés à l'étranger et compte-rendu des séances de l'Académie des sciences morales et politiques: tel est le cadre de cette publication. » Il est difficile d'être plus large et plus complet. — Du droit Wolowski passa à l'économie politique qu'il professa jusqu'en 1871 au Conservatoire des Arts et métiers. En 1848 il fut au nombre de ceux qui combattirent le plus énergiquement le socialismet Il a pris la plus grande part à la fondation du Crédis foncier. Il s'est beaucoup occupé des banques et des cheminx de fer. Enfin le bimétallisme a trouvé en lui un vigoureus défenseur. Ce sont là comme les points les plus saillanté d'une carrière consacrée tout entière à la science. La monos graphie de M. Rambaud les passe en revue les uns aprè. les autres. Elle renferme, en outre, d'intéressants détails sur les questions secondaires dont Wolowski s'est occup.- et ces questions sont en trop grand nombre pour que nous puissions même les énumérer ici. La monographie de M. Rambaud a été couronnée par l'institut, en 1880, à la suite d'un concours. L'accueil que cette étude a reçue d'un corps aussi savant est un sûr garant du succès qui l'attend dans le grand public. Aussi bien l'importance et le nombre des matières, l'ampleur avec laquelle elles sont traitées lui donnent un vif intérêt. L'économie politique présentée sous cette forme historique perd de son aridité. Elle devient plus vivante et plus attrayante. L'ouvrage de M. Rambaud est donc tout-à-fait recommandable. Qu'il nous permette pourtant d'exprimer ici quelques *desiderata.* Pourquoi ne pas donner une liste complète des écrits de Wolowski? Pourquoi au lieu d'une biographie n'avoir donné qu'un *Curriculum vitæ?* Pour être économiste on n'en est pas moins homme. Enfin pourquoi n'avoir pas mieux veillé à la correction du livre? Il y a beaucoup de fautes d'impression et des plus grossières. On est tenté de se dire: — l'auteur avait à parler d'un étranger; son style s'en ressent.

**Précis du Cours d'Economie politique professé à la Faculté de droit de Paris par Cauwès.** — 2e édition, Paris, Larose et Forcel, 1881. — V. 1er.

Le mot *Précis* est fort à la mode en France. Depuis quelque temps il ne se publie plus d'ouvrage de droit sans qu'on ne l'intitule Précis. Noircissez les pages, entassez les volumes, soyez diffus, prolixes tant que vous voudrez; tout ira bien pourvu que vous appeliez votre livre un Précis. M. Cauwès écrit deux volumes devant avoir chacun environ 800 pages, d'une impresssion très fine, avec un grand luxe de détails, de longues discussions, des développements sur tous les sujets, n'importe, c'est un Précis!

Les lecteurs de la Revue pourraient s'y tromper et prendre ces précis pour des petites livres d'école. Ce sont au contraire, de très gros livres; il est bon que les étudiants les possèdent; mais leur place est aussi marquée dans la bibliothèque de ceux qui ont cessé d'être étudiants.

Ceci bien entendu, venons à l'ouvrage de M. Cauwès.

J'éprouve quelque embarras pour en donner une idée. L'analyser? Il ne faut pas y songer: j'aurais à faire tout un cours d'Economie politique. Dire en deux mots les tendances, l'esprit de cet ouvrage, est-ce suffisant, est-ce possible? J'en doute. Comme je dois pourtant le faire connaître, voici le parti auquel je m'arrêterai: j'essaierai de le caractériser en deux mots, puis j'exposerai dans leurs traits essentiels quelques-unes des théories de M. Cauwès. Pour un livre de ce genre, un compte-rendu est et ne peut être qu'incomplet. Heureux si, à force de poursuivre la concision, on ne tombe pas dans l'inexactitude.

S'il est un reproche qu'on adresse en France aux professeurs de droit, ce n'est pas celui d'être de trop hardis novateurs. Ils vivent encore du vieux fond classique des Cujas et des Pothier. Renouveler la science du droit n'est pas leur ambition. Du moins, tout le monde le dit. Jusqu'à quel point ce grief est-il fondé? Je ne veux pas l'examiner. Mais ce que je puis constater, ce que je tiens à assurer, c'est que M. Cauwès ne mérite pas un reproche de ce genre. Il ne s'est pas montré respectueux de la tradition économique. Il ne s'en est point tenu aux doctrines et aux idées du passé, comme, à ce que l'on prétend, ses collègues le font. Il a rompu avec l'école anglaise. Il s'est séparé de l'église orthodoxe. C'est un hérétique, — et

aussi, cela va de soi, un excommunié. Je me souviens du *tolle* général que souleva la première édition de ce livre (1879). Il y eut scandale. Pour la première fois en France, la foi d'Adam Smith était reniée dans une chaire publique ; on osait dans l'Ecole s'attaquer à Ricardo et à Malthus ; l'infaillibilité de J.-B. Say était mise en doute. Certes, ce schisme fut chose amère pour nos économistes orthodoxes. Ils s'y attendaient d'autant moins que c'était à leurs efforts, à leur obstination qu'on devait l'introduction définitive de l'enseignement de l'économie politique dans les écoles de droit; autrefois facultatif il était devenu obligatoire; on avait une singulière façon de les remercier de ce service; des gens qu'ils avaient pris par la main, qu'ils avaient mené à leur chaire, auxquels ils avaient donné un public leur disaient sèchement: « votre science est à refaire! » On se fâcha. Et, je ne sais quelle vieille rancune se reveillant entre juristes et éconmistes, ces derniers ne parlèrent de rien moins que de supprimer le nouvel enseignement. La chose n'eut pas lieu pourtant. Une détente se fit. On oublia un peu M. Cauwès et il put continuer à faire ses leçons en partant de cette idée risquée — « que l'économie politique a jusqu'ici vécu sur des données étroites, toutes de fantaisie, tandis que la vérité est à sa portée. »

Comment atteindre cette vérité? Par quelle méthode? — Par la méthode d'observation et d'expérimentation, la même qui dans les sciences physiques a donné de si brillants résultats. On a tenu trop longtemps la science économique dans les nuages; on a abusé de l'abstraction; il faut lui faire toucher terre et la faire revivre au contact des faits; Roscher l'a tenté en Allemagne; M. Cliffe Leslie l'essaie en Angleterre; il faut les suivre dans la voie nouvelle qu'ils cherchent à frayer.

M. Cauwès a raison de rappeler les économistes à l'étude, à l'observation des faits; il a tort de croire que cette étude et cette observation soient quelque chose de bien nouveau. Il a raison, parce que, dans toute recherche scientifique, le seul point de départ solide est l'observation; on doit même aller plus loin à mon sens et dire que le seul point de départ possible, c'est l'observation; mais l'observation peut être plus ou moins complète; on peut y attacher plus ou moins d'importance; et, à cet égard, il est bon de rappeler que plus on lui fait de place, mieux les bases de la science sont assurées. Mais les anciens écono-

mistes ne pensaient pas autrement. S'ils ont observé moins de faits qu'on ne le fait de nos jours, la faute en est bien plus à leur temps qu'à eux.

Le Cours d'Economie politique de M. Cauwès se divise en deux parties, une partie générale et une partie spéciale.

La partie générale renferme d'abord une étude de la Société économique: il y est question de la division du travail, de la coopération qui en est la suite nécessaire, de la formation des sociétés, des différents types de civilisation, de la famille et, à ce sujet, du système bien connu de M. Le Play, de l'esclavage, des corporations, des associations, du socialisme et de l'individualisme, enfin des attributions de l'Etat. C'est beaucoup, on le voit. Avec cette façon large d'entendre l'économie politique, on n'est pas loin d'y faire entrer toutes les sciences sociales, morales et politiques.

Je signalerai comme offrant un grand intérêt la théorie des attributions de l'Etat. M. Cauwès distingue: — parmi ces attributions, dit-il, il y en a qui sont essentielles, d'autres qui ne sont que facultatives. La distinction est toute relative. Les attributions essentielles aujourd'hui étaient facultatives hier et les attributions aujourd'hui facultatives deviendront peut-être essentielles demain. Tout dépend des circonstances. On ne peut guère procéder que par tâtonnements. Le législateur se laisse guider par un sentiment obscur des besoins de la nation; il obéit à l'instinct encore plus qu'à la raison et à la réflexion. Les socialistes qui veulent que l'Etat soit tout, les individualistes qui veulent que l'Etat ne soit rien sont seuls logiques. Ils auraient raison si la vie sociale se développait à la manière d'un théorème de géométrie. Le malheur est, qu'elle n'est pas aussi simple. Il reste encore à en trouver la formule et jusque là force nous est de nous en tenir aux à peu près, aux essais, aux tentatives, — à l'empirisme.

Après avoir examiné les forces économiques en elles-mêmes, M. Cauwès les met « en face de la nature, afin de mesurer les influences respectives du milieu physique sur la vie sociale et *vice versa.* » Puis il s'occupe des résultats de l'activité économique, des richesses, du capital, de la valeur. Contentons-nous de citer cette définition de la valeur: — « la valeur en échange est la remunération d'un service dont la mesure est le travail épargné à l'acquéreur du produit. » En d'autres termes, la valeur dépend de la

peine épargnée; plus vous m'épargnez de peine en me donnant un objet, plus cet objet a de valeur pour moi. — Je n'apprécie pas; je ne fais qu'exposer. La mesure de la valeur est, dit-on, la quadrature du cercle de l'économie politique. Je ne touche à ce problème que pour indiquer dans quel sens M. Cauwès l'a résolu.

Nous en sommes à la deuxième partie ou partie spéciale. C'est la plus riche en détails et peut-être la plus remarquable. On y trouve les théories bien connues de la production et de la consommation des richesses, de la population, de l'échange, de la monnaie et du crédit, du commerce international, de la répartition des richesses, de la propriété.

Dans le chapitre consacré à l'Agriculture, l'auteur combat très vivement la thèse de Ricardo d'après laquelle la production des aliments doit devenir de jour en jour plus difficile et plus onéreuse. Les progrès de l'agronomie, les idées nouvelles que l'illustre Liebig a émises, lui enlèvent, dit-il, tout fondement.

Les jurisconsultes consulteront avec fruit les observations qui se trouvent dans le même chapitre sur la législation agricole. Je recommanderai aussi les chapitres relatifs aux industries minières, métallurgiques, manufacturières et des transports. Le droit et l'économie politique s'y pénètrent en quelque sorte et il y a gain pour tous les deux.

Avec la population et la *sinistre* loi de Malthus on rentre dans l'économie politique pure. On peut donner de cette loi la formule suivante: — il y a tendance de la part de la population à s'accroître plus vite que les subsistances; conséquence: ou le *moral restraint* ou la famine! La perspective n'est pas riante. Elle pouvait convenir à un peuple de puritains. Chose étrange, ce fut la France qui l'accueillit le mieux. On en fit un article de foi, un dogme. — On s'y asservit. Les économistes propagèrent l'idée avec un grain de fanatisme. — Elle ne résiste pourtant pas à une critique serrée. Dans certains pays, comme l'Irlande ou l'Inde, il y a peut-être excès de population; les famines ou la misère semblent le prouver. Mais ces famines ou cette misère tiennent-elles donc à ce que les subsistances s'accroissent moins vite que la population? — Cela est loin d'être démontré.

A propos de la circulation des richesses, — cet article étant déjà trop long, — je me vois forcé de m'en tenir aux indications les plus sommaires. M. Cauwès défend le bimétallisme; il est partisan d'une « protection rationelle » et hostile au libre échange absolu. Quant à sa théorie du Crédit, elle est des plus complètes; on y trouve des développements sur une foule d'importantes institutions.

En somme, ce traité d'Economie politique se distingue des ouvrages français du même genre par deux caractères: — 1° il renferme une remarquable critique des doctrines de l'Ecole anglaise; — 2° il présente un grand nombre de détails sur la plupart des phénomènes économiques. Il s'impose, même à ses adversaires, ne serait-ce que par ce dernier mérite.

## Zum eidg. Betreibungs- und Konkursgesetz.

**C. Grivet,** Loi fédérale sur le poursuite pour dettes. Etude des projets. Fribourg, impr. Henseler 1882. 48 pages in 8°.

Auch in deutscher Uebersetzung unter dem Titel: Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung. Studie zu den Gesetzesentwürfen. Bern, Jent und Reinert.

**Sulzer,** Oberrichter in Zürich. Ein Beitrag zum eidgen. Betreibungs- und Konkursgesetz, in Heft 4 des 5. Bandes der Zeitschrift für schweiz. Gesetzgebung und Rechtspflege, Zürich, 1882.

In Bd. XVII, S. 532 f. dieser Zeitschrift wurde über die neuen Ideen zu einem eidg. Betreibungs- und Konkursgesetz referirt, welche Hr. Oberrichter Oberer von Liestal dem schweiz. Juristenverein im Sept. 1881 vorgelegt hatte. Unmittelbar nach jener Versammlung wurde Hr. Oberer vom schweiz. Justizdepartement eingeladen, seine Ideen in einem Gesetzesentwurf zu formuliren. Schon im November konnte eine Kommission die Arbeit des Hrn. Oberer durchberathen (wenigstens den die Schuldbetreibung behandelnden Theil), und sie hat dem Vernehmen nach deren Grund-

lagen adoptirt. Seit jener Zeit ist in der Leitung des eidg. Justizdepartements ein Personenwechsel eingetreten und innerhalb der Kommission hat ebenfalls eine Veränderung stattgefunden, indem Hr. Oberrichter Dr. Juillard leider seinen Austritt erklärte und durch Hrn. Staatsrath Cornaz ersetzt wurde, der im schweiz. Juristenverein sehr lebhaft als Gegner der Gedanken des Hrn. Oberer aufgetreten war. Auch Prof. Carrard ist dem Vernehmen nach ausgetreten. Eine dem fragl. Entwurf abholde, hauptsächlich von der westlichen Schweiz her sich geltend machende Strömung ist es auch, welche die vorliegende Schrift des Hrn. Grivet beseelt; wir erkennen in derselben ungefähr denjenigen Standpunkt wieder, welchen de Seigneux und Carrard im Jahre 1876 beim schweiz. Juristenverein in Freiburg vertraten; es ist der Kampf des Systems der Betreibung auf Pfand gegen dasjenige der Betreibung auf Konkurs, welchen der Verfasser auf's Neue anfacht. Es kann nur zur Abklärung der Ansichten dienen, wenn die Stimmen aus beiden Lagern allgemein bekannt werden, und wir widmen daher gerne der vorliegenden Schrift einige Zeilen, wobei wir vor Allem die Bemerkung nicht unterdrücken können, daß die deutsche Uebersetzung höchst mangelhaft, ja geradezu unlesbar ausgefallen ist, was dem Grundtext nicht zur Last geschrieben werden darf. Der Gedankengang ist Folgender: Nach einer kurzen Einleitung, welche die Bedeutung des Gegenstandes darlegt, die Vorarbeiten, insbesondere das Referat Oberer erwähnt, und die einheitliche Gesetzgebung auf eine von dem letztern abweichende „solidere, den Grundsätzen der Rechtswissenschaft, den sozialen und wirthschaftlichen Verhältnissen des Landes, den kantonalen Rechten und Gewohnheiten besser entsprechende Basis“ zu stellen empfiehlt, wird in das „System Oberer“ selbst eingetreten und demselben vor Allem der Vorwurf gemacht, es trage zwar den Namen eines Kompromisses an der Stirne, sei aber im Grunde nichts als eine wenig abgeschwächte Wiederaufnahme des sog. Konkurssystems, wie es s. Z. dem Entwurf von Prof. Heusler zu Grunde gelegt wurde. Der Satz von der gleichen Berechtigung aller Gläubiger an den Gütern des Schuldners, auf welchen das Konkurssystem sich stützt, sei nicht einmal vollständig wahr; denn es sei z. B. nichts als billig, daß ein älterer Gläubiger für längst gemachte Leistungen sich vor Demjenigen Befriedigung verschaffe, der dem schon verschuldeten Debitor vielleicht leichtsinnig kreditirt. — Sodann sei auch dem Inhaber eines exekutorischen Titels (Abrechnung, Urtheil u. s. w.) ein Vorrecht in der Betreibung zuzugestehen vor demjenigen, der eine vielleicht nur infolge Nachläßigkeit des Schuldners scheinbar anerkannte oder illiquide Forderung besitzt; denn: vigi-

lantibus jura. Dazu werden einige Sätze aus de Seigneux' Referat von 1876 citirt, welche aber auf die Frage Bezug haben, welchen Gläubigern die Betheiligung oder sog. intervention in dem bereits eingeleiteten Gantverfahren zu gestatten sei. Der Satz des code Napoléon, auf den sich bekanntlich Oberer beruft — les biens du débiteur forment le gage commun de tous ses créanciers — bedeutet nach Grivet im Grunde nicht viel anderes, als die Phrase, daß die Güter dieser Welt aller Menschen gemeinsames Erbtheil seien, wobei doch Jeder nach Kräften sich die besten Stücke davon zu sichern strebe. Diese Argumentation wird die Gegner des absoluten Pfändungssystems nicht erschüttern. Denn der Vorzug, welchen nach diesem letztern System ein Gläubiger vor dem andern erlangt, beruht in den wenigsten Fällen auf den Gründen des Rechts und der Billigkeit, welche Hr. Grivet anruft, auch nicht einmal auf dem höhern Alter der Forderung (das übrigens als solches wohl in keiner Gesetzgebung dem Currentgläubiger eiuen Vorzug verleiht), oder auf der größern Bestimmtheit und Liquidität des Titels, sondern lediglich auf der Prävention und die größte Vigilanz wird hier nicht selten von den unwürdigsten Gläubigern zur Anwendung gebracht. Hr. Grivet sucht später selbst nach Hülfsmitteln um den «orgies de saisies et de séquestres» entgegenzuwirken, durch welche in manchen Kantonen einzelne Gläubiger die ganze Aktivenmasse am Vorabend des Geltstages für sich allein in Beschlag nehmen.

Ueberdies, fährt Grivet fort, erhält der Grundsatz von der Gleichheit der Gläubiger einen mächtigen Stoß durch die Anerkennung der Pfand- und Vorzugsrechte, welche ja auch von Oberer in weitgehender Weise (Spezial-Exekution, freiwillige Pfandgabe im Lauf der Betreibung) berücksichtigt seien. Er muß hier zugeben, daß im Grunde der Vorschlag Oberer von dem bisher in den Kantonen mit Pfändungsrecht geübten Verfahren nur wenig abweiche. Warum dann immer von einem Ueberwiegen des Konkurs-Systems und dessen Kalamitäten sprechen? Die Bemerkung Grivet's hingegen, daß die freiwillige Pfandgabe des Entwurfs gegenüber der amtlichen Pfändung Nachtheile habe, ist wohl begründet, und es sind in dieser Beziehung Korrektivmittel z. B. von der bernischen Kommission zum Entwurf Heusler in Vorschlag gebracht worden, die alle Aufmerksamkeit verdienen (Siehe Bericht der vom Regierungsrathe des Kts. Bern niedergesetzten Kommission 2c., Bern 1874, S. 43).

Wenn Grivet in der Zulassung der Spezialexekution für pfandversicherte und privilegirte Forderungen, sowie der freiwilligen Pfandgabe während der Betreibung einen innern Widerspruch

sieht, so gehen ihm diese Konzessionen an das Pfändungssystem doch wieder nicht weit genug in dieser Richtung. Das Nämliche ist nach ihm der Fall hinsichtlich der zugelassenen Spezialexekution für Bagatellforderungen bis auf Fr. 50, wie Oberer, oder Fr. 100, wie die Kommission vorschlägt. Er sieht darin einerseits eine ungerechte Bevorzugung der kleinen, den ärmeren Klassen angehörigen Gläubiger und Schuldner, andrerseits überhaupt eine Grundsatzlosigkeit und Willkürlichkeit, die nicht zum Guten führen könne. Hierin ist der Verfasser der zweiten oben angezeigten Schrift mit ihm einverstanden. Wir finden diese Einwürfe nicht begründet. Ein Hauptbedenken gegen die absolute Durchführung der Betreibung auf Konkurs besteht ja darin, daß auf diese Weise die ökonomische und bürgerliche Existenz des kleinen Mannes wegen einer minimen Forderung auf's Spiel gesetzt, zerstört werden könne, und daß die Zahl der Konkursiten auf erschreckende Weise vermehrt werde. Was ist daher natürlicher, als daß eine Grenzlinie gezogen werde, wodurch die große Mehrzahl der Betreibungen, zugleich diejenigen, welche für die ökonomische Existenz des Gläubigers regelmäßig nicht von entscheidender Bedeutung sind, auf den ausschließlichen Weg der Pfändung verwiesen werden? Dadurch wird dem z. B. auch bei uns in Bern grassirenden Mißstand gesteuert, daß mancher Gläubiger aus bloßer Chikane den vermögenslosen Schuldner zum Geltstag treibt; andrerseits können dann z. B. die auswärtigen Lieferanten eines Geschäftsmannes, deren Forderungen gewöhnlich das Minimum übersteigen, nicht durch die am Ort wohnenden auf dem Weg der Pfändung um alle Befriedigungsmittel gebracht werden. Und das ist ja der Hauptvortheil, welchen die Rechtseinheit auf diesem Gebiet uns bringen soll: Besserung des kaufmännischen Kredits durch Sicherung der auswärts wohnenden Gläubiger gegen die Ausplünderung des Schuldners von Seiten der besser informirten Kreditoren am Wohnort des Schuldners. Daß, um diesen Zweck zu erreichen, die Eintheilung der Schuldner in Kaufleute und Nichtkaufleute, wie sie von verschiedenen Seiten gefordert wurde*), nicht angeht, ist in Heusler's Motiven von 1874 wohl hinreichend klargelegt, und es ist dieser Standpunkt z. B. von den Genfer Juristen in Zug ausdrücklich aufgegeben worden. Man macht dort zu oft die Erfahrung, daß der nicht kaufmännische Schuldner in Saus und Braus lebt, und seinen Gläubigern, resp. dem pfänden wollenden Gerichtsbeamten ein Schnippchen schlägt. Wenn daher Hr. Grivet

*) S. Koreferat von Grenier in Ztschr. für schweiz. Gesetzgebung. Bd. V, S. 4, Votum Rambert ib.



das minima non curat prætor auf die weniger zahlreichen Betreibungen wegen Forderungen über 100 Fr. verwenden und auch diese dem Pfändungssystem unterwerfen will, so übersieht er, daß diese Kategorie eine prinzipiell viel höhere Bedeutung für den öffentlichen Kredit, namentlich für die interkantonalen und internationalen Beziehungen besitzt, und sich deßhalb ein Eingreifen des eidgenössischen Gesetzgebers im Interesse dieser Verhältnisse in langgewohnte kantonale Institutionen sehr wohl rechtfertigt. Die Komplikationen, welche diese Eintheilung der Forderungen nach sich ziehen soll, malt Hr. Grivet gewiß zu schwarz; denn verschiedene Kantone haben damit befriedigende Erfahrungen gemacht. Die besondere Strenge der schnellen Betreibung für Wechselforderungen ist nicht, wie Grivet meint, eine unnöthige oder inkonsequente Distinktion, sondern ein nach den Prinzipien des Wechselrechts nothwendiger und im schweiz. Obligationenrecht vorgesehener Ausfluß des Wechselinstituts.

Was Hr. Grivet gegen die Beschlagnahme des schuldner'schen Vermögens bei Einleitung der Betreibung auf Konkurs anbringt (er nennt diese Beschlagnahme Generalexekution, ein Ausdruck, der im Referat des Hrn. Oberer anstatt Betreibung auf Konkurs gebraucht wird), scheint uns auf einem Mißverständniß zu beruhen, besonders wenn dieselbe als ein selbständiger, wesentlicher Bestandtheil des Verfahrens, neben Spezialexekution und Konkurs bezeichnet wird. Unrichtig ist es auch, wenn behauptet wird, die reine Betreibung auf Pfand gelte in vielen deutschen Kantonen, wie Bern, St. Gallen; diese Kantone, wie auch diejenigen der innern Schweiz, nebst Graubünden, Thurgau, Tessin, Wallis und Neuenburg, lassen zwar vorerst auf Pfand betreiben, geben aber dem Gläubiger, welcher auf diesem Wege nicht befriedigt wird, das Recht, den Konkurs des Schuldners zu verlangen. Das Eigenthümliche der reinen Pfändung gegen Nichtkaufleute ohne subsidiären Konkurs haben nur Freiburg, Waadt und Genf. Im letztern Kanton scheint indeß die faillite ebenfalls auf non-commerçants Anwendung zu finden (Serment's Votum am Juristentag).

Was die Betreibung auf Konkurs betrifft, welcher der zweite Abschnitt der Schrift gewidmet ist, so findet Hr. Grivet zwar die Idee rationell, aber die Durchführung unmöglich wegen der bedenklichen Folgen des Geltstags für ganze Klassen von Bürgern. Die Landwirthe und kleinen Gewerbsleute seien nicht im Stande, bei eintretenden Krisen oder mehrern successiven Mißernten das nöthige Geld zu Bezahlung unversicherter Gläubiger aufzubringen, und werden daher leicht von den letztern überstürzt, wobei sich auch die Hypothekargläubiger übel befinden, welche gar kein Inte-

resse am Ruin ihres Schuldners haben, sondern lieber bessere Zeiten abwarten würden. Ein solches System könne in Genf oder Baselstadt angehen, welch' letzterer Kanton Hrn. Oberer zum Vorbild gedient habe, nicht aber in Kantonen mit vorwiegend agrikoler Bevölkerung. Allein die sowohl im Jahre 1876 in Freiburg, als auch 1881 in Zug von Juristen der Kantone Luzern, Solothurn und Baselland (zu letztern gehört Hr. Oberer) abgegebenen Voten beweisen, daß man in diesen vorwiegend landwirthschaftlichen Bevölkerungen sich beim Konkurssystem wohl befindet, jedenfalls besser als beim reinen Pfändungssystem mit seinen enormen Kosten und Willkürlichkeiten. (Man lese die Aeußerungen der HH. Dr. Weibel und Fürspr. Oswald von Luzern, des Hrn. Dr. Kaiser von Solothurn in Procès-verbal des délibérations de la Société des Juristes suisses von 1876, S. 34–36). Die Menge von öffentlichen Kreditinstituten, welche wir in der Schweiz allenthalben besitzen und welche dem momentan bedrängten, aber redlichen und strebsamen Bauer und Gewerbsmann Vorschüsse auf Personalsicherheit gewähren und wenn nöthig erneuern, scheinen uns die oben geschilderten Gefahren auf ein Minimum zu beschränken; denn auch diese Institute haben kein Interesse, ihre Schuldner von Haus und Hof zu treiben, um selbst Grundbesitzer zu werden, ein Nothschritt, zu dem sie sich jeweilen nur höchst ungerne entschließen. Das Nämliche konstatirt Sulzer in der zunächst zu besprechenden Schrift.

Der fernere Einwurf, daß das eidg. Gesetz vor Allem die Schuldbetreibung — la poursuite pour dettes — nicht die Liquidation des Gesammtvermögens des Schuldners — la faillite — zum Gegenstand haben solle, ist mehr ein Spiel mit Worten als ein ernstes Argument: Der Zweck der Androhung des Konkurses ist ja kein anderer, als den Schuldner zur Zahlung zu nöthigen durch die Erregung der Furcht vor einem großen Uebel, und mit möglichst geringen Kosten den Zweck zu erreichen, welchen die Pfändung und Gantsteigerung in der Mehrzahl der Fälle nicht erreicht; übrigens lehrt die Erfahrung wenigstens im Kanton Bern, daß von 100 Betreibungen kaum 10 bis zur Versilberung des Pfandes durchgeführt werden, da die Furcht vor der Gantpublikation die meisten Schuldner zur Zahlung veranlaßt. Es ist daher auch für die große Mehrzahl der Fälle ungenau zu sagen, die Betreibung auf Konkurs sei für den Schuldner härter als diejenige auf Pfand, da erstere längere Fristen gewähren kann. Treffend sagte Heusler in seinen Motiven: Die Betreibung auf Konkurs für unversicherte Forderungen empfehle sich namentlich „dadurch, daß sie weniger kostspielig ist, den Schuldner durch in-

direkte Röthigung (Drohung) zur Zahlung zu bringen sucht, statt durch Pfändung zu Gunsten Einzelner den Schuldner mit neuen Kosten zu belasten und schließlich doch die Konkurseröffnung zu gewähren, aus diesem Grunde daher auch für den Schuldner sich weniger hart darstellt".

Wenn daher Hr. Grivet einen großen Vortheil des Pfändungssystems darin sieht, daß der Schuldner recht oft, Schlag auf Schlag, an seine Pflicht gemahnt werde: d'abord, l'avis de saisie, puis la saisie, puis la taxe, puis les publications, chacune de ces opérations devenant plus tangible et plus pressante, und jede dieser wohlgemeinten Ermunterungen, natürlich mit entsprechenden Kosten (à la Heimoz) verbunden, so ist es allerdings nicht zu verwundern, wenn er (S. 13) jede in Betreibung liegende Summe von 50 Fr. durch die Kosten auf 80 oder 100 Fr. anschwellen sieht! Das sind wohl nicht glückliche Empfehlungen für sein System in den Augen aller Derjenigen, die nicht als Betreibungsbeamte oder Agenten ihr Brod verdienen.

Von positiven Argumenten gegen die Konkursbetreibung ist dann noch besonders die große Anhäufung und Vermehrung der Konkurse im Kanton Aargau laut Bericht des Obergerichts pro 1879 angeführt. Der Fehler scheint dort besonders darin zu liegen, daß massenhaft Konkurse verhängt werden, wo gar keine Aktiven vorhanden sind. Dem ist durch Auflage eines genügenden Vorschusses an den Gläubiger wohl abzuhelfen, sowie durch eine Vorschrift, wie sie Oberer ebenfalls vorsieht, wonach die Konkurseröffnung vom Gericht nicht ausgesprochen werden soll, wenn notorisch kein zu liquidirendes Vermögen vorhanden ist, oder wenn nicht mehr als die Konkurskosten daraus gedeckt werden könnten. Auch verlangen, wie Grivet selbst berichtet, die Aargauer Gerichte die Wiedereinführung der Pfandbetreibung nur für die „kleinen Geschäfte". Zum Schluß dieses Abschnitts wird dann nochmals die vermeintlich ausschließliche historische und logische Berechtigung der Pfandbetreibung hervorgehoben. Daß Letztere geschichtlich hergebracht sei, ist nicht einmal vollständig richtig; vor dem 17. Jahrhundert kamen in verschiedenen schweizerischen Stadt- und Dorfrechten indirekte Zwangsmittel gegen den säumigen Schuldner zur Anwendung, so namentlich die Bedrohung mit Verweisung, Bußen, Schuldhaft in älterer Zeit. Diese Abschreckungsmittel verschwinden zwar dann allmälig; allein die Bedrohung mit Auffall (Konkurs) bei erfolgloser Pfändung hat sich mancherorts erhalten und ist in einzelnen Kantonen zur Grundlage der jetzt geltenden Gesetze geworden, so namentlich in Schaffhausen und Baselland. (Siehe F. v. Wyß, die Schuldbetreibung

nach schweiz. Rechten in Ztschr. f. schweiz. R., Bd. 7, S. 35, 53, 61.) Und was die Frage der Zweckmäßigkeit betrifft, so lehrt, wie bereits erwähnt, die Erfahrung hundertfach, daß die Pfändung in den meisten Fällen nicht direkt, sondern nur durch die indirekte Nöthigung des Schuldners zum Ziele führt. Das Beispiel endlich von dem Schuldner mit 100,000 Fr. Vermögen, der sich für 101 Fr. aus Nachläßigkeit jedes Jahr betreiben läßt und erst im letzten Momente zahlt, ist weder beweiskräftig, noch besonders mitleiderregend. Im 3. Theil der Schrift — Conclusions — gibt nun der Verfasser die Verbesserungsfähigkeit des Pfändungssystems zu. Er sucht den Nachtheilen desselben abzuhelfen durch folgende Postulate:

1) Das Vorrecht des durch Betreibung erworbenen Pfandes fällt bei eintretendem Konkurse dahin;

2) bei jeder Pfändung sollen die nichtbetreibenden Gläubiger den Konkurs des Schuldners verlangen können, falls dessen Ueberschuldung nachgewiesen werden kann; (dagegen verwahrt sich Hr. Grivet gegen die französische und jurassische Betheiligung aller Gläubiger am Ganterlös);

3) jede Pfändung soll in ein öffentliches Buch eingetragen werden;

4) die Betreibung findet nur auf einen exekutorischen Titel hin statt (also regelmäßig die unnütze Kostenmacherei mit einer gerichtlichen Verhandlung);

5) zur Durchführung sind 4 Akte: Aufforderung, Pfändung, Schatzung, Versteigerung erforderlich;

6) keine Unterscheidungen auf Grund der Person des Schuldners oder der Natur und Größe der Forderung (also auch keine schnelle Wechselbetreibung und dgl.);

7) die Pfändung kann auch auf Liegenschaften stattfinden;

8) Betreibungsbeamte unter kantonaler Aufsicht, aber handelnd nach eidgenössischer Vorschrift.

Der Kern des Ganzen liegt offenbar in Nr. 2 der Postulate. Dadurch soll die Gleichberechtigung der Gläubiger am gage commun gewahrt, also dem im Anfang der Schrift bemängelten Satze Nachachtung verschafft werden.

Wir halten diesen Vorschlag für verfehlt, hauptsächlich aus folgenden Gründen:

1) Jede Betreibung, selbst für die geringste Forderung, kann beliebig hingehalten werden, sobald ein zweiter Gläubiger mit einem Konkursantrag auftritt, und wir würden alsdann jenen

Mißbrauch sich in etwas anderer Form erneuern sehen, der im Kt. Bern mit den eigenen Geltstagsbegehren des Schuldners so oft am Vorabend der Pfandversteigerung getrieben wird.

2) Die Untersuchung und Feststellung des Vermögensstandes des Schuldners kann ein wahrheitsgetreues Resultat nur haben gestützt auf eine Auskündung und Aufforderung an sämmtliche Gläubiger behufs Anmeldung ihrer Forderungen; denn eine Pflicht zur Buchführung besteht auch nach dem Obligationenrecht nur für diejenigen Personen, welche ein Handels- oder Fabrikationsgeschäft oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben; sie wird überhaupt schwer durchzuführen sein und die Ordnungsbußen des Art. 864 des Obligationenrechts werden da oft zu spät kommen. Durch eine solche Publikation wird aber der Kredit des Schuldners schwer und vielleicht für immer geschädigt. Es muß überdieß ein Inventar über seine Aktiven aufgenommen werden, ebenfalls eine Operation, die nach den bisherigen Rechten, wie nach dem Entwurf Oberer, erst nach erkanntem Konkurs erforderlich wird. Kurz der nur von einer Seite betriebene und vielleicht noch ganz solvente Schuldner sieht sich durch die übertriebene Vorsicht eines seiner Gläubiger vor aller Welt bloßgestellt und einem Verfahren unterworfen, das nach bisherigen Grundsätzen nur im Falle nachgewiesener oder doch durch eigene Schuld höchst wahrscheinlich gewordener Zahlungsunfähigkeit eintreten durfte. Will man aber von einem amtlichen Verfahren behufs Untersuchung der Vermögenslage des Schuldners absehen, so wird der Vorschlag keinen praktischen Werth haben, denn es hängt dann in den meisten Fällen vom Schuldner ab, ob er seine Ueberschuldung zugeben will oder nicht.

Postulat 4 entspricht dem hergebrachten deutschen und französischen Recht; es ist aber jetzt von vielen einsichtigen Juristen der welschen Schweiz anerkannt, daß die Einleitung der Betreibung auch auf bloße prétentions ohne förmlichen Titel zweckmäßig und gefahrlos sei (siehe namentlich These IV des Koreferenten Herrn Grenier, in Zug, und dessen Ausführung S. 75 der Verhandlungen).

Die übrigen Postulute haben als bloße Corollarien des Pfändungssystems keine selbständige Bedeutung.

Können wir also auch mit Herrn Grivet's Ansichten in den meisten Punkten nicht übereinstimmen, so gebührt ihm gleichwohl alle Anerkennung für die Wärme und Ueberzeugungstreue, mit welcher er seinen Standpunkt vertritt.

Auf dem Boden des sog. reinen Konkurssystems steht dagegen Herr Oberrichter Sulzer in seinem oben angezeigten Aufsatz. Die

Eintheilung der Forderungen in solche über und unter 100 Fr. findet er willkürlich und will die Gefahren des Konkurssystems durch andere Mittel zu bekämpfen suchen. Namentlich will er verhindern, daß Konkurse anbegehrt, resp. durchgeführt werden da, wo der betreibende Gläubiger auf diesem Wege nicht zur Befriedigung gelangt. Es handelt sich also darum, dem betreibenden Gläubiger gegenüber festzustellen, wann dies Verhältniß vorliege. Schwierigkeit bieten hier namentlich die Fälle, wo dem Anschein nach Vermögen vorhanden ist, in Wirklichkeit aber der Konkurs für den betreibenden Gläubiger doch zu nichts führen würde; so wenn die vorhandenen Aktiven dritten Personen (z. B. der Ehefrau) gehören, oder wenn die vorhandenen Immobilien mit Hypotheken überlastet sind; oder endlich es sind privilegirte Forderungen vorhanden, welche dem betreibenden Gläubiger alle Aktiven vorwegnehmen würden. Für all' diese Eventualitäten soll ein je nach der Verschiedenheit des Falles besonders geordnetes Verfahren eingeleitet werden können, das, wenn jene thatsächlichen Verhältnisse vorhanden sind, in der Ausstellung einer „Vindikationsanzeige", einer einfachen „Ueberschuldungsanzeige", oder einer „Anzeige der Ueberschuldung wegen privilegirter Forderungen" seinen Abschluß erhalten würde. Auch in diesen Fällen aber wäre der Konkurs nicht ausgeschlossen, sondern der Gläubiger, wenn er ihn gleichwohl verlangt, zur vorläufigen Deposition eines den voraussichtlichen Konkurskosten gleichkommenden Betrages verpflichtet und einer eventuellen „Ordnungsbuße" unterworfen. — Das Ganze erscheint wenigstens auf den ersten Blick etwas umständlich und zeitraubend und der Zweck, den der Verfasser im Auge hat, läßt sich wohl besser erreichen mit dem einfachen Satz, daß sobald aus der gezogenen „Aufrechnung", d. h. dem über die Güter des Schuldners vor gefälltem Konkurserkenntniß aufgenommenen Inventar, sich aus diesen oder jenen Gründen mit Wahrscheinlichkeit ergibt, daß „nichts herauskommen" wird, der Gläubiger „die Kosten zu vertrösten" habe, ansonst seinem Konkursbegehren nicht entsprochen wird. Die wenn auch leichtfertige Ausübung eines Rechts mit Ordnungsbuße zu bedrohen, dürfte hingegen nicht angehen.

Der Verfasser empfiehlt außerdem die Einführung gesetzlicher Bestimmungen, kraft welcher gewisse Beweglichkeiten, die auf landwirthschaftlichen Gütern vorzukommen pflegen, und deren Betriebsinventar bilden, wie Vieh, Heu, Stroh und Ackergeräthe als deren Pertinenz erklärt würden. Er sieht darin eine Hebung des Hypothekarkredits und eine Milderung der in dem System der Konkursbetreibung für den Stand der sogenannten „Schuldenbauern", d. h. derjenigen ländlichen Grundbesitzer, auf deren Heimwesen Hypo-

theken im Betrage von mehr als der Hälfte des normalen Verkehrswerthes haften, liegenden Gefahren und Härten, indem solche Bauern dann in Zeiten von schlechten Ernten noch hypothekarische Darlehn erhalten würden und nicht auf den reinen Personalkredit angewiesen wären. Ja, Herr Sulzer könnte noch weiter gehen und einen Theil jener Inventarstücke geradezu „als Kompetenzstücke" erklären, welche gar nicht in den Konkurs gezogen werden dürfen und daher bei der Aufrechnung auch nicht unter die Aktiven aufzunehmen sind. — Letzterer Gedanke würde wohl an der Ungleichheit der dabei in Betracht kommenden Verhältnisse und Bedürfnisse nach Größe, Natur und Lage der Grundstücke scheitern. Im ersteren Sinne dagegen sind bereits gesetzgeberische Arbeiten im Gang, welche, anknüpfend an Art. 211 O.-R. einen konventionellen Pertinenzbegriff aufstellen; es soll nämlich gemäß einem von Abgeordneten mehrerer Kantonsregierungen entworfenen Gesetzesvorschlag als zuläßig erklärt werden, solche bewegliche Sachen als Zubehörde von Immobilien zu behandeln und zu verpfänden, „welche zum gehörigen Betriebe oder zur gehörigen Bewirthschaftung der betreffenden unbeweglichen Sache bestimmt sind." *) Auch für den Kanton Bern ist die Frage pendent, und wäre es sehr erwünscht zu vernehmen, welches die Ansichten der mit den bäuerlichen Verhältnissen näher bekannten Juristen in dieser Beziehung sind. Die Sache hat Eile, da ein solches Gesetz behufs Ausführung des Art. 211 O.-R. spätestens mit dem Einführungsgesetz zum O.-R. selbst dem Volke vorgelegt werden muß. Vom 1. Januar 1883 an können die Kantone nur noch die Verpfändung von Vieh durch bloße Eintragung in öffentliche Bücher gesetzlich gestatten (Art. 210 Abs. 3).

Ueber die wichtige Frage der Ehrenfolgen des Konkurses, zunächst mit Bezug auf das Stimmrecht in eidgenössischen, kantonalen und Gemeinde-Angelegenheiten, ist übrigens zu vergleichen die Botschaft des Bundesrathes sammt bezüglichem Gesetzesentwurf vom 2. Juni 1882, dessen Annahme freilich dem Konkurs den größten Theil seiner Abschreckungsgewalt benehmen würde. Nach unserm Dafürhalten sollte es genügen, wenn dem Konkursiten die Rehabilitation in weitgehendem Maaße erleichtert würde.

---

*) Vgl. „Rathschlag und Gesetzesentwurf" (des Regierungsraths von Baselstadt) „betreffend die Verpfändung von Fahrniß als Zubehörde von Liegenschaften", vom 31. Mai und 12. Juni 1882.

**Martin, Alfred, licencié en droit et avocat,** Etude de la loi fédérale sur la capacité civile. Genève et Bâle, Georg, 1882 (106 pp.)

Der Verfasser, der schon durch die vom schweiz. Juristenverein gekrönte Preisschrift über den Gesetzesentwurf betreffend die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen (Bern 1878) bekannt ist, unternimmt hier eine besonders auf die Bedürfnisse des Kantons Genf berechnete Analyse des Bundesgesetzes betreffend Handlungsfähigkeit, und führt dieselbe mit großer Gründlichkeit nach allen Seiten hin durch. In einigen untergeordneten Punkten lassen sich die Ansichten des Verfassers in Zweifel ziehen, so in Betreff der Erklärung des Begriffs der Rechtsfähigkeit, dann wenn er bei Besprechung der „Handelsfrauen" von der Annahme ausgeht, der Art. 35, Abs. 2 O.-R. habe mit den Worten: „wo nach kantonalem Rechte das Vermögen der Ehefrau in dasjenige des Mannes übergeht", das System der Güterverbindung im Auge, wie es in der Ost- und Mittelschweiz meistens besteht, wobei das Frauengut im Eigenthum der Ehefrau verbleibt und dem Ehemann nur Verwaltungs- und Nutzungsrechte zustehen. Auf dieses System bezieht sich vielmehr Abs. 1 des Art. 35, während Abs. 2 das System von Bern und Aargau im Auge hat, wo der Mann selbst als Eigenthümer des Frauengutes erscheint und die Ehefrau nur eine während der Ehe nicht exigible Geldforderung gegen ihn für das Zugebrachte besitzt, weßhalb die Gläubiger der letztern nothwendigerweise an ihn gewiesen gewiesen werden mußten, um das Institut der Handelsfrauen in den betreffenden Kantonen möglich zu machen. Ein Blick in die Botschaft von 1879 zum bundesräthlichen Entwurf O.-R. Art. 40 und 41 hätte genügt, um den Verfasser hievon zu überzeugen, dem übrigens der juristische Charakter der schweizerdeutschen Güterrechtssysteme bestens bekannt ist, wie seine frühere Arbeit zeigt.

**Schreiber, Dr. Friedr.,** Die ehelichen Güterrechte der Schweiz u. s. w., 2. Lieferung: Collision und Wandelung, Bern, Haller, 1881 — 106 S.

Die erste Lieferung dieses Werkes, eine Darstellung der 26 in der Schweiz z. Zt. bestehenden Gesetzgebungen über das ehel. Güterrecht enthaltend, ist in dieser Zeitschrift, Bd 16, S. 198, bereits angezeigt und einem nach hierseitigem Erachten etwas zu strengen Urtheil unterworfen worden. Daß im Einzelnen Ungenauigkeiten in die Darstellung sich eingeschlichen haben, ist

nicht in Abrede zu stellen, aber bei der außerordentlichen Komplizirtheit der Materie sicher entschuldbar, zumal es sich nur darum handeln konnte, die Hauptsätze hervorzuheben, um dem Erlaß des Bundesgesetzes über die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen vorzuarbeiten. — Die 2. Lieferung enthält nun vorerst eine Klassifizirung der schweiz. gesetzlichen Güterrechte nach den wichtigsten dabei in Betracht fallenden Rechtsverhältnissen, 1. Eigenthumsverhältnisse und aktive Vermögensrechte, 2. Dispositionsbefugnisse resp. Handlungsfähigkeit der Eheleute, wobei namentlich die Haftung des Frauensvermögens für Eheschulden zur Sprache kommt; 3. Die Sicherheiten, resp. Sicherungsmittel, welche der Ehefrau eingeräumt sind, um bei schlechter Wirthschaft oder im Konkurs des Mannes ihr Vermögen ganz oder theilweise zu retten; 4. die Rechte der Gläubiger in Bezug auf voreheliche und auf die während der Ehe kontrahirten Schulden, wo wir auf die irreführende Gleichstellung des bernischen (und aargauischen) Rechtes mit den Kantonen der Güterverbindung treffen, in welchen „die Vermögensstücke der Frau von den Gläubigern des Ehemanns nicht zu Pfand genommen werden können (S. 62). 5. Die „Ausscheidung," einschließlich des ehelichen Erbrechts. Hierauf folgen die Grundsätze über Eheverträge nebst einer Tabelle über das Pflichttheilsrecht der verschiedenen Kantone, aus der man z. B. ersieht, daß nicht nur Uri und Appenzell J.-Rh., sondern auch Graubünden und Thurgau noch die urgroßelterliche Parentel zu 50 bis 75 Prozent pflichttheilsberechtigt erklären. Die großelterliche Parentel wird überdies berücksichtigt in Zürich (20 %), Glarus, Zug, Schaffhausen; in Schwyz, Ob- und Nidwalden gilt grundsätzlich der altgermanische Satz: nullum testamentum; letztwillige Verfügungen bedürfen der Zustimmung der natürlichen Erben (vgl. übrigens die Karten bei Lardy, les législations civiles etc.). Diese weitgehenden Beschränkungen der Testirfreiheit sind nun freilich gemildert zu Gunsten des überlebenden Ehegatten, welchem regelmäßig der Nießbrauch am Vermögen des Vorabsterbenden, etwa belastet mit einer gesetzlichen „Unterstützungspflicht" entfernterer Verwandten, wie in Graubünden, zugesichert werden darf.

Im letzten Abschnitt sucht der Verf. dann das Prinzip der „Wandelbarkeit" des ehelichen Güterrechts mit der Verlegung des Domizils der Ehegatten durchzuführen. Das positive Recht der einzelnen Kantone enthält über diese Frage nur wenige Bestimmungen. Ausnahmsweise regeln dieselbe Luzern in seiner Novelle v. 25. November 1880, Glarus, Thurgau, Neuenburg in ihren C.-Gbb., meist im Sinn der Territorialität, jedoch unter Zu-

lassung des bisherigen Güterrechts der Eingewanderten im Falle der Veröffentlichung. Wie weit dagegen z. B. in Genf die Anerkennung des Heimathprinzips in der Praxis Wurzeln geschlagen hat, beweist ein neuerlicher Entscheid des dortigen Civilgerichtes, welcher bestimmt, daß die Güterausscheidung infolge Trennung der Ehe zwischen einem Neuenburger, der seit vielen Jahren in Genf wohnte und sich hier im Jahr 1868 mit einer Genferin verheirathet hatte, nicht nach Genfer sondern nach Neuenburger Recht vollzogen werden solle, bezw. die Gütergemeinschaft des Code civil neuchâtelois zu Grund zu legen sei (Semaine judiciaire 1882 Nr. 23). Wenn übrigens der Verf. hier gelegentlich (S. 112) vom Kanton Bern behauptet, in demselben gelte „für das Erbrecht das Heimathprinzip," so ist dies nur gegenüber den Konkordatskantonen positivrechtlich anerkannt, vgl. diese Zeitschr. Bd. VII. S. 68; die Praxis scheint keine grundsätzliche Entscheidung aufzuweisen. Ebenso unrichtig ist, wenn Hr. Schreiber hier angibt, in Bezug auf eheliches Güterrecht werde keine Veränderung durch Domizilwechsel anerkannt. In diesem Sinne hat sich das bern. Obergericht bloß in solchen Fällen ausgesprochen, wo gültige Eheverträge vorhanden waren (vgl. S. 3 hievor), während für das gesetzliche Güterverhältniß ein maßgebendes Präjudiz nicht besteht. Dagegen scheint sicher, daß bei Kantonsfremden, die sich im Kanton Bern verheirathet haben, nicht das Heimathrecht auf die ehel. Güterverhältnisse angewendet wird, sofern nicht Konkordat oder Staatsvertrag dies fordern. Und was den Fall des Konkurses betrifft, in welchem nach Schreiber der Kanton Bern „offenbar die Stellung des Weiberguts dem Territorialrecht" unterordnen würde, so geht auch dieser Satz zu weit. Denn insofern nach obigem überhaupt fremdes Recht die ehelichen Güterverhältnisse eines bestimmten Paares beherrscht, wird es sich vorerst fragen, ob nicht die Ehefrau als Vindikantin auftreten könne, wo sie in getrennten Gütern oder in bloßer Güterverbindung lebt oder es sich bei partikulärer Gütergemeinschaft um Liegenschaften handelt, die gar nicht aufgehört haben, ihr Eigenthum zu sein, und auf welche daher die Gläubiger des Ehemanns auch keine Rechte erwerben konnten. Das ist streng genommen keine konkursrechtliche Frage, sondern eine materiellrechtliche, wie auch Heusler in seinem neuesten Aufsatze „Das Weibergutsprivileg und das schweiz. Konkursgesetz" in der (Basler) Zeitschrift f. schw. R. Neue Folge, Bd. I. S. 30 ff. darlegt. Auch Sch. ist damit im Allg. einverstanden (S. 118), trotz des Entscheids der Bundesbehörden i. S. Weber-Rohr. — Sodann behandelt Sch. die einschlagenden Konkordate und die sich darauf beziehende bundesrechtliche Praxis; es ergibt sich aber aus ihnen

wenig für unsere Frage Ersprießliches. — Im Fernern gibt Sch. eine Darstellung der Hauptansichten über den Einfluß des Domizilwechsels, und sucht seine der Ansicht der Mehrzahl der Schriftsteller widersprechende Theorie zu begründen, wobei er hauptsächlich von dem praktischen Gesichtspunkt geleitet zu sein scheint, daß im Fall des Konkurses, also wo das Güterrecht ganz eminent seine Wirkungen entfalten sollte, eben doch die lex domicilii als lex cogens in die bisherigen Rechtsverhältnisse störend eingreift. Das ist nun aber, wie so eben gezeigt, weder vollständig richtig, noch auch durchschlagend. Denn in den gewöhnlichen Fällen der Auflösung der Ehe durch Tod und Scheidung, sowie für Rechtsgeschäfte der Ehegatten mit Dritten, welche nicht Schuldverhältnisse der Erstern begründen, tritt das Interesse der Gläubiger ganz in den Hintergrund, und es ist alsdann nicht abzusehen, warum das ursprünglich und für die ganze Dauer der Ehe gewollte Güterrecht nicht am neuen Wohnsitz fortdauern sollte.

Wenn nun vorliegende Schrift nicht in allen Punkten allgemeine Zustimmung gefunden hat, so muß man ihr das Verdienst lassen, zuerst in eingehenderer Weise eine äußerst verwickelte und schwierige Materie dargestellt und nach im Ganzen richtigen Gesichtspunkten geordnet zu haben. Zu bedauern bleibt, daß es dem Verf. nicht gelungen ist, den spröden Stoff in eine ansprechendere Form zu bringen. Die Darstellung ist oft recht schwerfällig und inkorrekt, und es ist mühsam, sich durch das Ganze hindurchzuarbeiten. Ist es z. B. erlaubt, sich sprachlicher Wendungen zu bedienen, wie: „Nicht vorhandenes Gut macht den Ersatz in dieser Stellung geltend“ (S. 11); „das Mobiliarvermögen der Frau fällt . . . unter die Handlungsfreiheit des Ehemanns“ (S. 19); „derartige Verpflichtungen, wie überhaupt die persönlichen Gläubiger der Frau . . .“ (S. 29) u. s. w. u. s. w. Ausdrücke wie „Condamnation“ (S. 43) für Bestrafung, „Territorialitätenprinzip“ (S. 48), „Gefährde durch den Mann,“ statt Gefährdung (S. 48), „Velleität“ für Varietät (S. 51), persönliche „Schuldbarkeit“ statt Schuldpflicht (der Frau) (S. 61), sind, zumal bei einem klassisch gebildeten Schriftsteller, unbegreiflich; vgl. auch die Blumenlese in Schneider's Rezension, Ztschr. f. schw. Gesetzgeb. und Rechtspfl. V. 357. Der Verf., sachlich jetzt Meister des Stoffes, sollte die Mühe nicht scheuen, eine neue Auflage mit gründlicher Umarbeitung der Form, wobei auch manche Wiederholungen zu vermeiden wären, dem Publikum vorzulegen. Einige Ungenauigkeiten betreffend das bernische Recht, auf welche er zum Theil schon früher aufmerksam gemacht wurde, sollten dabei beseitigt werden. Red.

# Entscheidungen des Regierungsraths
## in vormundschaftlichen u. administrativrichterlichen Angelgenheiten.

---

**1. Die Befugniß zu Impetrirung eines amtlichen Güterverzeichnisses (beneficium inventarii) steht nur wirklichen Erben zu. (Satz. 644, 645 C.).**

14. Jan. 1882.

Eine kinderlose Wittwe, welche im nießbräuchlichen Besitz des Vermögens ihres Ehemanns verblieben war, starb mit Hinterlassung von Testamentserben. Nun verlangten die Erben des vorverstorbenen Ehemanns die Aufnahme eines amtlichen Güterverzeichnisses über das vorhandene Vermögen, weil die Wittwe ihren Antheil verbraucht und den vom Ehemann herrührenden Theil gefährdet habe. Gegen die entsprechende Verfügung des Regierungsstatthalters wurde von Seiten des Testamentserben der Wittwe Beschwerde geführt und die fragl. Verfügung vom Reg.-Rath kassirt.

**2. Bevogtungsverfahren. — Die nachträglich beigebrachte mündliche Zustimmungserklärung eines aufsichtsberechtigten Verwandten ersetzt dessen Unterschrift auf dem Bevogtungsantrag. (Satz. 24, 25 C.).**

18. Jan. 1882.

**3. Fertigungswesen. — Verträge über Errichtung von Dienstbarkeiten an Liegenschaften bedürfen nicht der Abfassung durch einen Amtsnotar. (Satz. 686 C.).**

25. Jan. 1882.



**4. Vormundschaftsbehörden sind gehalten, die ihnen vom Vogt vorgelegten, im Namen des Pupillen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte entweder bedingungslos zu genehmigen oder die Genehmigung in einem motivirten Abschlag zu verweigern.**

1. Febr. 1882.

Eine Vormundschaftsbehörde hatte ihrem Beschluß betr. Genehmigung einer Erbtheilung für einen Pupillen die Worte „ohne irgend welche Gewähr" beigefügt, wurde aber auf Antrag eines andern Erbsinteressenten vom Reg.-Rath dahin beschieden, daß eine solche salvatorische Klausel nicht zulässig sei.

**5. Dem Regierungsrath steht die Kompetenz nicht zu, einer Vormundschaftsbehörde Weisung darüber zu ertheilen, ob sie eine von der Ehefrau eines Geltstagers u. dgl. vorgenommene Kapitalverhandlung im Namen minderjähriger Kinder zu genehmigen habe oder nicht.**

4. Febr 1882.

NB. In dem bezüglichen Reskript wird auf die Frage der Gültigkeit des Art. 6 des Emancipationsgesetzes vom 26. Mai 1847 nicht eingetreten, sondern deren Fortdauer vorausgesetzt.

## Mittheilung.

Der Druck dieses Heftes ist durch Umstände, welche die Redaktion nicht zu beseitigen vermochte, unliebsam verzögert worden, wofür um Entschuldigung gebeten wird.

Das nächste Heft wird die wegen Raummangels dießmal ausfallenden Urtheile des bern. Appell.-Hofes und die Verhandlungen des bern. Juristenvereins vom 29. Mai 1882, insbesondere das Referat des Hrn. Fürspr. Müller über Freigebung der Advokatur, enthalten.

# Zeitschrift

des

# Bernischen Juristen-Vereins

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone
Bern, Luzern, Aargau und Solothurn.

Band XVIII. 3. Heft. 1882.

## Aus der Rechtssprechung des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern.

### Jahrgang 1881. — Fortsetzung.

**68. Zu Satz. 194 C.: Zuläßigkeit des Erfüllungseides im Vaterschaftsprozeß, wenn der Beklagte sich erst nach der kritischen Periode verehlicht hat. —**

Jungi (Bekl.) c. Maria Hänni (Kl.)
1. Okt. 1881.

Vgl. Zeitsch. f. vat. Rt. VII, 29, 31 u. 33; Zeitsch. d. bern. Jur. Ver. VII 241.

Auf die vor Amtsgericht S. unterm 15. Januar 1881 angebrachte Vaterschaftsklage der Maria H. hatte der Beklagte Käserknecht Johann J., resp. dessen Vogt, eine „Beweiseinrede" erhoben, dahin gehend: die Klägerin sei nicht berechtigt, den Erfüllungseid als Beweismittel zu gebrauchen (— eine jedenfalls ganz schiefe Fassung), wofür er sich darauf berief, er habe sich seit seiner Bekanntschaft mit der Klägerin, resp. seit Ablauf der kritischen Zeit, verheirathet und befinde sich somit im Fall der Ausnahme, den Satz. 194 C. vorsieht, welche sagt, es könne auf den Reinigungs- oder Erfüllungseid erkannt werden, „wenn der Beklagte kein Ehe-

mann ist." — In Widerspruch mit dieser Anschauung hielt das Amtsgericht S. den Erfüllungseid für zulässig, und der App.- und Kass.- Hof bestätigte das erstinstanzliche Urtheil, wenn auch in anderer Form, da die „Beweiseinrede" in oberer Instanz fallen gelassen wurde.

Motive:

Die Klägerin Maria Hänni hat die gesetzlichen Diligenzien in Betreff ihrer Schwangerschaft und Niederkunft besorgt und dabei stets den Beklagten, Friedrich Jungi, als den Urheber ihrer Schwangerschaft bezeichnet. Derselbe gibt zwar den Umgang mit der Klägerin nicht unumwunden zu und bestreitet namentlich, daß er der Einzige gewesen, der die Klägerin in der kritischen Zeit vom 10. Dezember 1879 bis 9. April 1880 besucht habe. Aus den von der Klägerin produzirten Briefen des Jungi, namentlich aus demjenigen vom 24. Februar 1880, kann indeß mit ziemlicher Sicherheit gefolgert werden, daß der Beklagte seine Vaterschaft nicht unbedingt in Abrede stellen wollte. Wenn daher allerdings der erforderliche Beweis gegen den Beklagten nicht vollständig erbracht ist, so ist er doch so weit hergestellt, daß er nach Satz. 194 C. durch den Erfüllungseid der Klägerin, welche die günstigere Vermuthung für sich hat, ergänzt werden darf, wenn derselbe in casu überhaupt als statthaft erscheint.

Was nun die Frage anbetrifft, ob der Eid im Paternitätsprocesse auch dann ausgeschlossen sein solle, wenn der Beklagte erst seit der Schwängerung Ehemann geworden, so wird die Richtigkeit der dem Urtheile vom 16. Juli 1881*) in Sachen der Marianna Siegenthaler ca. Christian Aebersold zu Grunde liegenden Ansicht, daß dieser Eid nur dann unzulässig sei, wenn der Beklagte schon zur Zeit der Schwängerung Ehemann gewesen, durch den von Prof. Schnell verfaßten Commissionalbericht zur Satz. 194 C. bestätigt. Derselbe spricht sich nämlich dahin aus, daß durch die Bestimmungen der angerufenen Satzung das in der Praxis nicht mehr beobachtete Gesetz (Ehegerichtssatzung von 1787 S. 71 § 11) wieder zur Geltung gebracht werden sollte, wonach der Ehebruch, welcher damals Offizialdelikt war, nicht durch das Mittel des Parteieides sollte bewiesen werden können. Es muß daher angenommen werden, der Gesetzgeber habe in Satz. 194 C. nur

*) In diesem Urtheile, welches uns bei der Bearbeitung der betreffenden Periode nicht vorlag, wird mit Recht darauf hingewiesen, daß bei König, Kom. I, S. 192, angeführten Judikate die dort aufgestellte entgegengesetzte Ansicht nicht bestätigen.



den Fall im Auge gehabt, wo der Beklagte im Zeitpunkt der Schwängerung Ehemann war und nur in diesem Falle den Erfüllungs- oder Reinigungseid als unzulässig erklären wollen. Es steht daher im vorliegenden Falle der Zuerkennung des Erfüllungseides an die Klägerin nichts im Wege.

**69. Rückforderung einer bezahlten Nichtschuld. — Rechtsirrthum zu Begründung der Klage ungeeignet.**

Moser u. Beer (Kl.) c. Jordi u. Kinder Beer (Bekl.).
6. Oktober 1881.

Hienach folgt der vollständige Wortlaut des obergerichtlicheu Urtheils über die Streitfrage:

Ist zu erkennen, die Beklagten seien schuldig, den Klägern den Betrag von Fr. 1916. 40 nebst gesetzlichem Verzugszins zurückzuerstatten? —

I.

1. Unterm 18. Februar 1876 verstarb in Stalden, Kirchgemeinde Münsingen, Frau Anna Barbara Kunkler geborne Beer von Kirchenthurnen. Dieselbe hinterließ ein vom 29. März 1875 datirtes Testament, welches am 3. März 1876 homologirt wurde. In diesem Testament setzte dieselbe zu Haupterben ihres Nachlasses ein folgende Kinder ihres verstorbenen Bruders Peter Beer:

Alexander Beer von Trub, Pächter in Büren und Lisette geborne Beer, Ehefrau des Johann Moser von Biglen zu Freimettigen. Diesen Erben wurde die Pflicht auferlegt, folgende Legate auszurichten, nämlich den Kindern des Bruders Johann Ulrich Beer: Ulrich Beer, von Trub, in Wyßachengraben Fr. 1,000 und der Elisabeth Beer, ebenfalls in Wyßachengraben Fr. 1,000. Für den Fall, daß der einte oder andere dieser Legatnehmer vor der Testatorin absterben sollte, so wurden dieselben gegenseitig zu Nacherben substituirt.

2. Seitens der Kläger wurden zwei für Ulrich Beer und Elisabeth Beer angefertigte Testamentsauszüge aktenkundig gemacht, welche die Klausel in Betreff der Nacherbeinsetzung enthalten.

3. Es verstarben die Elisabeth Beer am 30. Juni 1875 und Ulrich Beer am 10. Dezember gleichen Jahres, also beide vor der Testatorin. Der letztere hinterließ eine Wittwe, Anna Barbara geborne Lüthi und vier mit derselben erzeugte

mann ist." — In Widerspruch mit dieser Anschauung hielt das Amtsgericht S. den Erfüllungseid für zulässig, und der App.- und Kass.- Hof bestätigte das erstinstanzliche Urtheil, wenn auch in anderer Form, da die „Beweiseinrede" in oberer Instanz fallen gelassen wurde.

Motive:

Die Klägerin Maria Hänni hat die gesetzlichen Diligenzien in Betreff ihrer Schwangerschaft und Niederkunft besorgt und dabei stets den Beklagten, Friedrich Jungi, als den Urheber ihrer Schwangerschaft bezeichnet. Derselbe gibt zwar den Umgang mit der Klägerin nicht unumwunden zu und bestreitet namentlich, daß er der Einzige gewesen, der die Klägerin in der kritischen Zeit vom 10. Dezember 1879 bis 9. April 1880 besucht habe. Aus den von der Klägerin produzirten Briefen des Jungi, namentlich aus demjenigen vom 24. Februar 1880, kann indeß mit ziemlicher Sicherheit gefolgert werden, daß der Beklagte seine Vaterschaft nicht unbedingt in Abrede stellen wollte. Wenn daher allerdings der erforderliche Beweis gegen den Beklagten nicht vollständig erbracht ist, so ist er doch so weit hergestellt, daß er nach **Satz. 194 C.** durch den Erfüllungseid der Klägerin, welche die günstigere Vermuthung für sich hat, ergänzt werden darf, wenn derselbe in casu überhaupt als statthaft erscheint.

Was nun die Frage anbetrifft, ob der Eid im Paternitätsprocesse auch dann ausgeschlossen sein solle, wenn der Beklagte erst seit der Schwängerung Ehemann geworden, so wird die Richtigkeit der dem Urtheile vom 16. Juli 1881*) in Sachen der Marianna Siegenthaler ca. Christian Aebersold zu Grunde liegenden Ansicht, daß dieser Eid nur dann unzuläßig sei, wenn der Beklagte schon zur Zeit der Schwängerung Ehemann gewesen, durch den von Prof. Schnell verfaßten Commissionalbericht zur Satz. 194 C. bestätigt. Derselbe spricht sich nämlich dahin aus, daß durch die Bestimmungen der angerufenen Satzung das in der Praxis nicht mehr beobachtete Gesetz (Ehegerichtssatzung von 1787 S. 71 § 11) wieder zur Geltung gebracht werden sollte, wonach der Ehebruch, welcher damals Offizialdelikt war, nicht durch das Mittel des Parteieides sollte bewiesen werden können. Es muß daher angenommen werden, der Gesetzgeber habe in Satz. 194 C. nur

*) In diesem Urtheile, welches uns bei der Bearbeitung der betreffenden Periode nicht vorlag, wird mit Recht darauf hingewiesen, daß bei König, Kom. I, S. 192, angeführten Judikate die dort aufgestellte entgegengesetzte Ansicht nicht bestätigen.



den Fall im Auge gehabt, wo der Beklagte im Zeitpunkt der Schwängerung Ehemann war und nur in diesem Falle den Erfüllungs- oder Reinigungseid als unzulässig erklären wollen. Es steht daher im vorliegenden Falle der Zuerkennung des Erfüllungseides an die Klägerin nichts im Wege.

## 69. Rückforderung einer bezahlten Nichtschuld. — Rechtsirrthum zu Begründung der Klage ungeeignet.

Moser u. Beer (Kl.) c. Jordi u. Kinder Beer (Bekl.).
6. Oktober 1881.

Hienach folgt der vollständige Wortlaut des obergerichtlichen Urtheils über die Streitfrage:

Ist zu erkennen, die Beklagten seien schuldig, den Klägern den Betrag von Fr. 1916. 40 nebst gesetzlichem Verzugszins zurückzuerstatten? —

I.

1. Unterm 18. Februar 1876 verstarb in Stalden, Kirchgemeinde Münsingen, Frau Anna Barbara Kunkler geborne Beer von Kirchenthurnen. Dieselbe hinterließ ein vom 29. März 1875 datirtes Testament, welches am 3. März 1876 homologirt wurde. In diesem Testament setzte dieselbe zu Haupterben ihres Nachlasses ein folgende Kinder ihres verstorbenen Bruders Peter Beer:

Alexander Beer von Trub, Pächter in Büren und Lisette geborne Beer, Ehefrau des Johann Moser von Biglen zu Freimettigen. Diesen Erben wurde die Pflicht auferlegt, folgende Legate auszurichten, nämlich den Kindern des Bruders Johann Ulrich Beer: Ulrich Beer, von Trub, in Wyßachengraben Fr. 1,000 und der Elisabeth Beer, ebenfalls in Wyßachengraben Fr. 1,000. Für den Fall, daß der einte oder andere dieser Legatnehmer vor der Testatorin absterben sollte, so wurden dieselben gegenseitig zu Nacherben substituirt.

2. Seitens der Kläger wurden zwei für Ulrich Beer und Elisabeth Beer angefertigte Testamentsauszüge aktenkundig gemacht, welche die Klausel in Betreff der Nacherbeinsetzung enthalten.

3. Es verstarben die Elisabeth Beer am 30. Juni 1875 und Ulrich Beer am 10. Dezember gleichen Jahres, also beide vor der Testatorin. Der letztere hinterließ eine Wittwe, Anna Barbara geborne Lüthi und vier mit derselben erzeugte

Kinder, Gottlieb, Johannes, Elisabeth und Anna Beer. Die Wittwe Anna Barbara Beer geborne Lüthi verheirathete sich nachmals mit Johann Ulrich Jordi zu Eriswyl.

4. Im Aktenhefte der Kläger Seite 11 ist ein vom 14. April 1876 datirter Brief enthalten, dessen Anrede lautet: „Theuerste Tante“, ohne daß hervorgeht, an welche bestimmte Person derselbe adressirt war. Dieser Brief ist geschrieben von der Hand des Großrath und Friedensrichter Wirth in Wyßachengraben und unterzeichnet: „Anna B. Lüthi, verheirathete Beer.“ Darin bezieht sich Frau Beer-Lüthi auf „Ihren“ Brief vom 9. gleichen Monats, welchen sie erhalten und aus welchem sie gesehen habe, daß man geneigt sei, ihr die Legate vor der Verfallzeit in baar verabfolgen zu lassen, wenn von ihrer Seite die marchzählige Zinsvergütung und die Bezahlung der Erbschaftssteuer anerkannt werde. Frau Beer sichert diesen Abzug zu, erklärt, daß sie das Geld nöthig habe, indem sie den Gläubigern der Brüder ihres „verstorbenen“ Ehemannes Zahlungen zu machen habe und frägt dann an, wann sie auf die Ausahlung der Legate rechnen könne.

In einem Nachsatze zu diesem Briefe sagt der Verfasser Wirth: „Ich möchte die „„Wittwe““ Beer née Lüthi bezüglich ihres Gesuches um frühere Auszahlung der Legate bestens empfohlen haben.“ — Art. 34 der Hauptvertheidigung.

Im Art. 55 der Replik der Kläger ist als Antwort auf obigen Art. 34 gesagt, daß auf wiederholtes Verlangen der Wittwe Beer im Mai 1876 derselben angezeigt worden sei, daß die Legate am 14. Mai zur Auszahlung gelangen werden.

5. Unter diesem Tage zahlten die Kläger der Frau Beer die beiden Legate aus und die Letztere quittirte auf die Testamentsauszüge des Ulrich Beer und der Elisabeth Beer folgendermaßen:

„Die Unterzeichnete Anna Barbara Beer geb. Lüthi, Wittwe und Notherbin des unlängst verstorbenen Ulrich Beer (beziehungsweise Nacherbe der Elisabeth Beer) anerkennt erhalten zu haben“ u. s. w. Fr. 1916. 40.

## II.

Die Kläger belangen nun die Beklagten auf Restitution der der Frau Beer bezahlten Summe, indem sie aus dem Irrthum einer Thatsache eine Nichtschuld bezahlt hätten. Zur Begründung dieser ihrer condictio indebiti bringen dieselben an: da die eingesetzten Legatarien vor der Testatorin verstorben seien, so hätten denselben selbstverständlich die Legate nicht anfallen können und die Verpflichteten hätten etwas bezahlt, das sie nicht schuldig gewesen seien. Frau Beer habe sowohl vor als im Zeitpunkte der

Zahlung gewußt, wann Ulrich und Elisabeth Beer, und wann die Testatorin verstorben und daß ihr die Haupterben Nichts schuldig seien. Die Testamentsauszüge seien an sie gelangt, deren Inhalt habe sie belehren müssen, daß sie von daher Nichts zu fordern habe. Wenn demnach Frau Beer die Zahlung gleichwohl in Empfang genommen, so habe sie dabei in bösem Glauben gehandelt und sich wissentlich auf rechtswidrige Weise zum Nachtheil der Kläger bereichert und dieselben über ihre Qualität als Legatnehmerin irre geführt. Die Kläger hätten immer im Glauben gelebt, dem Ulrich Beer seien seine Notherben substituirt.

III.

Die Beklagten bringen auf diese Klagsbegründung an: Schon aus der von Frau Beer am Tage des Geldempfanges ausgestellten Quittung, worin sie sich als „Wittwe" einführt, gehe die Unwahrheit der Behauptung der Kläger hervor, daß sie erst nach der Zahlung erfahren hätten, es sei Ulrich Beer (und dessen Schwester Elisabeth) gestorben gewesen. Gerade das Gegentheil sei richtig. Als Ulrich Beer gestorben, habe Friedensrichter Wirth im Auftrage der hinterlassenen Wittwe der Verwandschaft (Jak. Kunkler und Frau Moser-Beer) dieß geschrieben und zum Leichenbegängniß eingeladen. Es habe sich nun zwischen den Betheiligten in Betreff des Legatanspruches resp. der Pflicht zur Ausrichtung desselben eine Correspondenz entsponnen, in welcher von verpflichteter Seite in Urkunden anerkannt worden sei, die Legate auszurichten. Und auch im Momente der Auszahlung sei der wahre Sachverhalt besprochen, von klägerischer Seite jedoch erklärt worden, man zahle die Legate aus, man sei sie einmal schuldig, den Klägern seien sowohl der Inhalt des Testaments als die wirklichen Thatsachen bekannt gewesen, die Auszahlung der Legate habe demnach nicht aus einem thatsächlichen Irrthume stattgefunden, sondern deßhalb, weil die Kläger geglaubt hätten, zur Ausrichtung derselben verpflichtet zu sein. Frau Beer habe an der Hand der gewechselten Correspondenz und insbesondere des Einladungsbriefes und bei Allem dem im guten Glauben gehandelt. Aus den obwaltenden Umständen ergebe sich somit, daß die Beklagten nicht schuldig seien den Betrag der erhaltenen Legate zurückzugeben.

IV.

Gegenüber diesen klagzerstörenden Anbringen der Beklagten verneinen die Kläger, daß sie Kenntniß von der angeblich nach dem Tode des Ulrich Beer gewechselten Correspondenz erhalten und daß man sich ihrerseits über eine Verbindlichkeit zur Ausrichtung

der Legate ausgesprochen habe, nur der Erlaß des Einladungsbriefes zum Abholen des Geldes werde zugegeben. Es werde, sagen die Kläger, darauf aufmerksam gemacht, daß die Erblasserin in Stalden, Moser in Freimettigen und Beer in Büren gewohnt hätten, aus welchem Umstande sich ergebe, daß die Kläger unmittelbar nach dem Tode der Erblasserin keine Kenntniß von dem Inhalt des Testaments hätten haben können. Unwahr sei, daß im Momente der Auszahlung von der richtigen Sachlage die Rede gewesen sei.

Nach stattgehabter Beweisführung konvenirten Parteien, diesen Rechtsstreit direct vor den Appellations- und Cassationshof zur Beurtheilung zu bringen.

Im heutigen Termine wiederholten die Anwälte, Namens ihrer Parteien die in den Akten gestellten Rechtsbegehren.

Der Appellations- und Cassationshof zieht

in Erwägung:

Die Beklagten bestreiten nicht, daß der Wittwe Anna Barbara Beer geb. Lüthi unterm 14. Mai 1876 von den Erben der am 18. Februar 1876 verstorbenen Anna Barbara Kunkler geb. Beer zwei Legate im Betrage von Fr. 1916. 40 ausbezahlt worden sind, welche den Erben Kunkler zu Gunsten des Ulrich Beer, verstorbenen Ehemanns der Anna Barbara Beer geb. Lüthi, und seiner Schwester Elisabeth Beer, im Testamente der Frau Kunkler vom 29. März 1875 (3. März 1876) auferlegt worden waren, und geben auch zu, daß die Legate durch das Vorabsterben der beiden Legatare vor der Erblasserin dahingefallen waren, so daß eine Nichtschuld bezahlt wurde, verneinen aber, daß die Bezahlung aus dem Irrthum einer Thatsache (Satz. 1013 C.) erfolgte.

Vor allem aus fragt es sich nun, ob zum Klagsfundamente der condictio indebiti auch der Nachweis des Irrthums gehört und sodann im weitern, welcher Art der Irrthum sein müsse, in Folge dessen Zahlung geleistet worden ist. Allerdings herrscht in der gemeinrechtlichen Doktrin Streit darüber, ob der Kläger den Irrthum zu beweisen habe, oder ob der Beklagte einredeweise den Nachweis des Nichtvorhandenseins eines Irrthums zu erbringen habe. Immerhin bekennt sich die Mehrheit der Civilisten zur letztern Ansicht (Wächter, Pand. II. § 219, Windscheid Pand. § 426). Was nun aber das positive bernische Recht anbetrifft, so weist der Wortlaut der Satz. 1013 C. (er kann zurückfordern, was er aus Irrthum bezahlt hat) darauf hin, daß der Rückforderer den Irrthum beweisen muß, wie denn auch diese Rechtsanschauung dem Urtheil vom 10. November 1877 in Sachen

Habegger c. Zaugg, Zeitschrift XIV, 407, zu Grunde liegt und von Prof. Leuenberger, im 3. Bande seiner Vorlesungen, Seite 1038, vertreten wird. Auf dem gleichen Standpunkte stehen auch das Zürcher Gesetz (Art. 1222) und das schweizerische Obligationenrecht (Art. 72). Uebrigens haben sich die Kläger, auch abgesehen von den positiven Bestimmungen des Gesetzes, auf diesen Standpunkt gestellt, indem sie in Art. 8—16 der Klage Behauptungen aufstellen, welche ihren Irrthum beweisen sollen, so daß über die Frage der Beweislast kein Streit obwaltet.

Was die andere Frage betrifft, ob auch der aus Rechtsirrthum freiwillig Zahlende die condictio indebiti anstellen könne, so ist dieselbe durch Satz. 1013 C. dahin entschieden, daß die Zahlung aus dem Irrthum einer Thatsache erfolgt sein müsse. Die Kläger suchen nun darzuthun, daß sie Zahlung leisteten 1) weil sie in einem Irrthum über die Substitutionen befangen waren und glaubten es seien dem Ulrich Beer seine Notherben substituirt, 2) weil sie keine Kenntniß von dem Vorabsterben der beiden Legatare vor der Erblasserin hatten, und es ist daher zu prüfen, ob ihnen dieser Beweis gelungen ist.

Was den erstern Punkt anbetrifft, so stellen die Kläger in Art. 14 und 15 die Behauptung auf, sie hätten vor der Auszahlung der Legate das Testament nicht in Händen und folglich auch keine genaue Kenntniß vom Inhalte deßelben gehabt.

Beide Artikel sind bestritten und im Termin vom 26. März 1881 haben die Kläger erklärt, daß sie auf die Zeugenabhörungen zu denselben verzichten, so daß nur noch die Schlußfolgerungen als Beweismittel dazu übrig bleiben. Nun geht aus keinem andern Artikel der Klage hervor, daß das Testament bei Notar Wyder in Münsingen verblieb und es ist daher die Thatsache nicht bewiesen. Aber auch wenn es sich in Wirklichkeit so verhalten würde, wäre damit noch nicht der Nachweis erbracht, daß die Kläger nicht völlige Kenntniß vom Inhalte des Testamentes hatten, weil nach Satzung 612 C. allen Bedachten Auszüge aus demselben zugestellt werden sollen und daher angenommen werden muß, auch die Kläger haben solche Auszüge erhalten. Auch ist es nicht glaubwürdig, daß sich dieselben nicht sofort nach dem Tode der Frau Kunkler erkundigt hätten, wie das Testament ihrer Tante laute. Der Nachweis der Unkenntniß mit dem Inhalte des Testamentes ist somit den Klägern mißlungen.

Aber auch der Beweis der Behauptung, daß sie von dem Vorabsterben der beiden Legatare keine Kenntniß hatten, ist denselben nicht gelungen. Was zunächst die Elisabeth Beer anbetrifft, so

mußten sie wissen, daß dieselbe vor Frau Kunkler gestorben war, weil sie überhaupt nur mit Wittwe Beer geb. Lüthi in Verkehr getreten sind. Auf den Wortlaut der Quittung vom 14. Mai 1876, worin Anna Barbara Beer geb. Lüthi sich als „Wittwe und Notherbin" des „unlängst" verstorbenen Ulrich Beer bezeichnet, können sich die Kläger nicht berufen, weil diese Angabe zu unbestimmt war, um daraus Schlüsse ziehen zu können. Auch der in der Replik hervorgehobene Umstand, daß die Erblasserin, Frau Kunkler, in Stalden wohnte, von den Klägern hingegen der eine in Freimettigen, der andere in Büren, beweist nichts in dieser Beziehung, indem unter so nahen Verwandten doch immer bald gegenseitige Mittheilung von allfälligen Todesfällen gemacht wird. Ueberhaupt sprechen die aktenmäßigen Umstände eher dafür, daß die Kläger bei der Auszahlung der Legate — beinahe 3 Monate nach dem Tode der Frau Kunkler — wußten wie sich die Sache verhalte, namentlich, da sie, wie zugegeben, durch einen Brief des Friedensrichters Wirth vom 14. April 1876 wenigstens indirect vom Tode des Ulrich Beer in Kenntniß gesetzt worden sind.

Wenn nun der Beweis des thatsächlichen Irrthums, welcher den Klägern oblag, denselben mißlungen ist, so ist nicht weiter zu untersuchen, in wie weit den Beklagten der Gegenbeweis, daß die Kläger aus Rechtsirrthum zahlten, gelungen sei. Es ist daher anzunehmen, die Kläger haben die Legate abgeführt, ohne dazu rechtlich verpflichtet zu sein, sei es auf Veranlassung der Erblasserin hin, sei es aus Rechtsirrthum. Daß eine Irreführung der Kläger durch Wittwe Beer geb. Lüthi stattgefunden, ist weder bewiesen, da Letztere keine positiven falschen Angaben machte und glauben konnte, sie sei nun als Notherbin an der Stelle ihres Mannes legatberechtigt, noch wäre dieser Umstand, auch wenn bewiesen, erheblich, weil der Nachweis fehlen würde, daß durch die Irreführung auf Seite der Kläger ein thatsächlicher, nicht bloß ein Rechtsirrthum hervorgerufen worden sei —

und hat demnach

erkennt

1. Die Kläger Johann Moser und Alexander Beer sind mit ihrem Klagebegehren abgewiesen.
2. Dieselben haben die Kosten an die Beklagten Johann Ulrich Jordi und Mithafte zu bezahlen.

## 70. Haftpflicht der Eisenbahn bei Verletzung eines Angestellten. Einrede des Selbstverschuldens.

Wittwe Jenni und Kinder c. schweiz. Unfallversicherung.

6. Okt. 1881.

Vgl. Bundesger. Amtl. Samml. VII. 817. (Herabsetzung der Entschädigungssumme auf Fr. 8000.)

In thatsächlicher Beziehung steht Folgendes fest: Johann Jenni von Eggiwyl, geb. 1838, wurde durch Vertrag vom 10. Januar 1876 als Bahnwärter von der Jura-Bern-Luzernbahn angestellt, mit Dienstantritt auf 10. Oktober 1875 und einer jährlichen Besoldung von Fr. 1080. Zuerst wurde dem Jenni der Wärterposten beim Brückhaus anvertraut, nachher war er auf der Schächlihöhe bei Kröschenbrunnen stationirt. Daß er für das Grampen, welches ihm nebenbei übertragen wurde, eine Besoldungszulage erhielt, ist nicht konstatirt. Am 22. Oktober 1878 war Jenni als Vertreter des momentan abwesenden Wärters Johann Sommer auf der Station Wiggen beschäftigt und sollte beim Schottertransporte mithelfen. Dazumal kreuzten in Wiggen der um 7 Uhr 25 Minuten von Bern kommende Zug Nr. 120 und der von Luzern um 7 Uhr 26 Minuten anlangende Zug Nr. 21. Jenni befand sich mit einer Gruppe von Arbeitern auf dem Stumpengeleise, woselbst er auf demselben mit dem Schmieren eines Rollwagens beschäftigt war. Er wurde nun mit den übrigen Arbeitern vom Vorarbeiter Peter Portmann zum Manöveriren eines dem auf dem Mittelgeleise stehenden Zuges Nr. 20 beizugebenden Wagens beordert, zu welchem Zwecke er das Stationsgeleise passiren mußte. Bei diesem Anlaße wurde er von dem eben ankommenden Luzernerzuge Nr. 21 erfaßt und überfahren und starb am andern Tage im Spital zu Langnau an den Folgen des Unfalls.

Jenni hinterläßt eine Wittwe Maria Anna geb. Blaser, geb. 1843, fünf Kinder erster und zwei zweiter Ehe, geboren von 1862 bis 1877. Vermögen ist keines vorhanden. Auf den Nachweis, daß die Wittwe und die ältern Kinder verdienstfähig seien — Art. 73 der Hauptvertheidigung — hat die Beklagte verzichtet.

Die beklagte Gesellschaft bestreitet nicht, daß der Unfall des Jenni bei dem Betriebe der Bahn erfolgt sei und daß Art. 2 des Bundesgesetzes über die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschifffahrtsunternehmungen bei Tödtungen und Verletzungen vom 1. Juli 1875 dem Entscheide über die Frage ihrer

Schadensersatzpflicht zu Grunde gelegt werden müsse. Es ist also blos die Frage zu erörtern, ob es der Beklagten gelungen sei, den Nachweis des Vorhandenseins des einen oder andern der in jenem Artikel vorgesehenen Liberationsgründe zu erbringen. Sie beruft sich in dieser Hinsicht auf das Selbstverschulden des Jenni und hat sogar, ohne jedoch großes Gewicht darauf zu legen, die Vermuthung ausgesprochen, es möchte ein Selbstmord des Verunglückten vorliegen. Was aber in letzterer Beziehung angeführt wird, ist nicht konstatirt und wäre, selbst wenn bewiesen, irrelevant. Nur Frau Portmann will nämlich vom Hörensagen wissen, daß Jenni am Abend vorher mit seiner Frau auf dem Heimwege von Escholzmatt in Streit gerathen sei, kann aber aus eigener Wahrnehmung über den Art. 53 der Hauptvertheidigung nichts aussagen.

Ebenso hat nur Peter Portmann die Wahrnehmung der im Art. 54 relevirten, übrigens ganz unerheblichen Thatsachen gemacht, daß Jenni am Morgen, wo der Unfall geschah, ausnahmsweise die Diensthosen trug. Wichtiger und plausibler sind die von der Beklagten zum Behufe des Nachweises einer durch sein fahrlässiges Verhalten bedingten Verschuldung des Jenni aufgestellten thatsächlichen Behauptungen.

Die Beklagte macht geltend, Jenni habe die Aufmerksamkeit eines gewöhnlichen Menschen außer Augen gelassen, indem er sich trotz des ausdrücklichen Befehles des Vorarbeiters Portmann, mit dem Ankoppeln des auf dem Mittelgeleise stehenden Wagens an den Bernerzug bis nach der Einfuhr des Luzernerzuges zu warten, und ohne sich nach dem jeden Augenblick zu erwartenden Luzernerzuge umzusehen, vom Stumpgeleise gegen das Stationsgeleise zu begab, wo er alsdann von dem Zuge ergriffen wurde. Es ist nun allerdings konstatirt, daß Jenni mit den übrigen Arbeitern auf dem Stumpgeleise mit Wagenschmieren und Schottern beschäftigt war, als der Vorarbeiter Portmann den Befehl zum Ankoppeln des fraglichen Wagens gab und daß dieser Befehl von den übrigen Arbeitern in dem Sinne verstanden wurde, daß zuerst die Ankunft des Luzernerzuges abgewartet werden sollte. Hingegen ist nicht genügend konstatirt, daß auch Jenni den Befehl auf diese Weise auffaßte. Es ist dieß denn auch um so erklärlicher, als der Wortlaut des von Portmann ertheilten Befehls den abgehörten Zeugen nicht genau erinnerlich war und überhaupt das Gehör eines Bahnangestellten durch das beständige Geräusch etwas abgestumpft werden muß. Ferner ist nicht bewiesen, daß er den herankommenden Zug sehen oder hören mußte. Es ist nämlich nicht genau ermittelt, wo Jenni stand als der Zug herankam.

Sah er nach dem Stationsgebäude, so hatte er laut richterlichem Augenschein den Luzernerzug im Rücken, sah er nach der entgegengesetzten Seite, so konnte er den Zug auf ca. 400 Meter Entfernung sehen, wenn er nicht so stand, daß das in der Nähe befindliche Gerüst ihm die Aussicht verdeckte.

Für die Annahme, daß er den Luzernerzug im Rücken hatte, spricht der Umstand, daß sich der auf dem Mittelgeleise stehende Wagen von der Stelle aus, wo Jenni verunglückte, mehr nach dem Stationsgebäude hin befand, sowie der weitere Umstand, daß Jenni vom Zuge erwiesenermaßen am Rücken erfaßt wurde. Auch läßt sich zur Entschuldigung des allerdings etwas auffallenden Verhaltens des Jenni noch anführen, daß er nur in Ersetzung des Wärters Sommer in Wiggen beschäftigt war, und daher mit den Verhältnissen auf dieser Station nicht so genau vertraut sein konnte, daß übrigens sogar, wenn er eine solche Kenntniß gehabt hätte, der Umstand, daß der Fahrtenplan vor Kurzem, vor sieben Tagen, geändert worden war, sowie der andere Umstand, daß nach der Aussage des Zeugen und Arbeiters Spahn der Luzernerzug an jenem Tage nicht auf dem gewöhnlichen Geleise — dem Mittelgeleise — sondern auf dem Stationsgeleise kreuzte, zu seinen Gunsten ins Gewicht fallen würden. Endlich ist in Berücksichtigung zu ziehen, daß einem Angestellten im Bahndienst die ängstliche Vorsicht Dritter nicht zugemuthet werden darf. Es liegen daher nicht genügende Anhaltspunkte vor, um eine Fahrläßigkeit des Jenni anzunehmen, noch weniger solche zur Annahme eines Selbstmordes, und es ist somit der Beklagten der Nachweis des durch das Selbstverschulden des Jenni bedingten Liberationsgrundes nicht gelungen, wie denn auch die Direktion der Jura-Bern-Luzernbahn in ihren Zuschriften an den Generalagenten Nicola-Carlen vom 30. Oktober 1878 und 5. März 1879 ein solches Selbstverschulden des Jenni nicht als konstatirt betrachtete. Die Beklagte ist daher haftpflichtig.

Was nun das Maß der Entschädigung anbetrifft, so erscheint mit Rücksicht auf die vorerwähnten Daten eine Festsetzung derselben auf Fr. 10,000 wie im Fall Leiser (Urtheil vom 22. Juli 1881)*) als angemessen, weil die Verhältnisse ungefähr die gleichen sind und der Umstand, daß Leiser etwas mehr Besoldung hatte, dadurch compensirt wird, daß Jenni jünger war und auch die Kinder jünger sind.

---

*) Dieses Urtheil stand uns nicht zur Verfügung. Der Fall wurde vom Bundesgericht am 14. Nov. 1881 endlich beurtheilt A. S. VII. 809.
Red.



## 71. Beschädigung einer Person durch Ueberfahren mit einem Fuhrwerk. Freisprechung des Beschädigers.

Wittwe Bichsel gegen Moser.

7. Oktober 1881.

Erwägungsgründe:

Die Klägerin, Anna Bichsel, sucht den gegen den Beklagten, Gottfried Moser, geltend gemachten Schadensersatzanspruch mit der Behauptung zu begründen, der von ihr am 30. Oktober 1880 erlittene Unfall sei dadurch herbeigeführt worden, daß Gottfried Moser mit seinem Pferde in ungewöhnlich raschem Laufe (ventre-à-terre) daherkam und das Pferd auch nicht auf der Mitte der überall freien Fahrbahn der Straße hielt, sondern rechts hin auf das Trottoir lenkte, so daß Frau Bichsel auf dem letztern überschossen, in die Fahrbahn der Straße hinabgeschleudert und dort überfahren worden sei (Art. 4 der Klage). Wären diese Behauptungen der Klägerin richtig, so müßte allerdings Gottfried Moser zum Ersatz des der Frau Bichsel erwachsenen Schadens verurtheilt werden; denn es ist klar, daß ein derartiges Fahren, zumal auf einer abschüssigen Straße, dem Fuhrmann die sorgsame und sichere Lenkung des Gefährtes unmöglich macht und dadurch auf einer viel begangenen Landstraße leicht Unglück herbeigeführt werden kann; es fiele daher in der That dem Beklagten ein durch seine Unvorsichtigkeit im Fahren bedingtes Verschulden zur Last. Allein das Resultat der Beweisführung steht im Widerspruch mit den Behauptungen der Klägerin. Aus den Aussagen der Zeugen M., Sch. und G. geht hervor, daß der Beklagte, sein Pferd an einem doppelten Leitseil haltend, bis zum Hause des Rudolf Moser nur in ganz schwachem Trabe über den Rain hinunterfuhr; daß das Pferd jedoch beim genannten Hause in Folge von Geräusch, welches Küher mit ihren Milchbrenten verursachten, scheu wurde und trotzdem es der Beklagte mit der größten Anstrengung zurück zu halten versuchte, mit dem Wagen durchging, so daß von einer unvorsichtigen Führung des Pferdes Seitens des Beklagten nicht die Rede sein kann *). Heute nun behauptet die Klagpartei, in etwelcher Veränderung ihres in der Klagschrift eingenommenen Standpunktes, das Verschulden des Beklagten liege darin, daß er

*) Das Durchgehen eines Pferdes aus so geringfügigen Ursachen, wie die hier angedeutete, darf doch kaum als casus betrachtet werden.



nicht abgestiegen und die Mechanik angezogen habe, so daß in Folge davon der Wagen nachgestoßen und das junge Pferd an den Hinterbeinen berührt habe; hiedurch sei das Scheuwerden des Letztern bewirkt worden. Die behauptete Unterlassung ist in der Klage mit keinem Worte erwähnt und es könnte daher schon aus formellen Gründen auf den geltend gemachten neuen Gesichtspunkt nicht eingetreten werden. Allein abgesehen hievon ist auch der Beweis der bezüglichen Behauptungen nicht erbracht, denn der Zeuge G., der einzig hierüber deponirt hat, weiß nicht einmal zu sagen, ob sich überhaupt eine sog. Mechanik am Wagen befunden habe. Angenommen aber auch, dieß sei wirklich der Fall gewesen, so geht aus dem früher Gesagten hervor, daß das Scheuwerden und Durchgehen des Pferdes in etwas ganz Anderem, als in der Unterlassung, die Hemmvorrichtung anzubringen, seinen Grund hatte, dem Beklagten ist somit auch nach dieser Richtung kein Verschulden zur Last zu legen.

Unter diesen Umständen kann denn auch die Frage nach dem vom Beklagten behaupteten eigenen Verschulden der Klägerin (Art. 10 und 11 der Hauptvertheidigung) unbeantwortet bleiben.

## 72. Ehetag. Pactum in favorem tertii.

Wittwe Schneider gegen Erben Schneider.

7. Oktober 1881.

### Streitfragen:

1. Ist die Erbschaft des Joh. Ulr. Schneider sel. schuldig, der Frau Anna Barb. Schneider geb. Wiedmer (Klägerin) das, von derselben in die Ehe mit Joh. Ulr. Schneider vorgenannt eingekehrte Vermögen im Kapitalbetrage von Fr. 36,000 auszuliefern? (Anerkannt war die Verpflichtung zur Herausgabe von Fr. 24,000.)

2. Ist dieselbe auch schuldig, das der Klägerin laut Ehetag vom 2. Oktober 1868 und 11. Februar 1869 zugesicherte Nutznießungsrecht zur Verschreibung, Beglobung und Fertigung bringen zu helfen?

### Erwägungsgründe:

In dem Ehetage, den die damaligen Brautleute Joh. Ulr. Schneider und Anna Barbara Wiedmer unterm 2. Oktober 1868 errichteten, hoben sie auf den Fall einer kinderlosen Ehe das gegenseitige Notherbrecht auf, und ersetzten dasselbe durch folgende Be-

stimmungen: Bei dem Vorabsterben des Mannes sollte die Frau die Nutznießung ihres ganzen zugebrachten Vermögens behalten und ihr außerdem bis zu ihrem Ableben ein Naturalschleiß, wie solcher im Ehetag näher bestimmt ist, ausgerichtet werden. Ein Drittel ihres zugebrachten Gutes sollte sofort dem Eigenthum nach an die gesetzlichen und testamentarischen Erben des Ehemannes fallen. Würde sie aber vorab sterben, so sollten zwei Drittel des zugebrachten Gutes sofort an ihre Erben fallen, dagegen ein Drittel dem überlebenden Ehemann verbleiben. Die Absicht der künftigen Eheleute Schneider war also augenscheinlich die, daß ein Drittel des zugebrachten Gutes unter allen Umständen dem Ehemann oder dessen Erben als Eigenthum zufallen sollte. Da nun der Ehemann Schneider vorher verstorben ist, so entsteht die Frage, wie es sich mit der Rechtsverbindlichkeit der Bestimmung verhält, wonach den Erben des Mannes ein Drittel des Zugebrachten als Eigenthum zukommen soll.

Der vorliegende Fall ist in demjenigen Abschnitt unseres Civilgesetzbuches, welcher von den Erbverträgen handelt (Satz. 895 ff. C.) nicht vorgesehen. Verboten sind blos Verfügungen auf den Todesfall zu Gunsten Dritter, sowie Verfügungen, wodurch die gesetzlichen Vorschriften über die persönlichen und die vermögensrechtlichen Folgen der Ehe abgeändert werden sollen. Die Verfügung nun, wonach bei dem Vorabsterben des Ehemannes ein Drittel des zugebrachten Gutes, unter Vorbehalt der Nutznießung der Ehefrau am ganzen eingekehrten Vermögen, dem Eigenthum nach an die Erben des Ehemannes fallen soll, ist weder zugelassen noch ausdrücklich verboten. Es ist dieß nämlich weder eine Verfügung von Todes wegen — denn der zugesicherte Drittel soll mit dem Tode des Ehemannes in das Eigenthum seiner Erben übergehen — vorbehältlich der Nutznießung der Wittwe — also nicht mit dem Tode der Promittentin — noch wird durch die genannte Verfügung das eheliche Güterrecht während des Lebens der Ehegatten geregelt. Obschon es sich daher um eine ehetagliche Verfügung in casu handelt, so ist es doch eine solche, welche nicht zum Wesen eines Ehetages gehört, und deren juristische Natur daher von einem andern Gesichtspunkte aus zu würdigen ist. Das Charakteristische dieser Verfügung liegt nun darin, daß der Ehemann auf den Fall seines Vorabsterbens gewisse Rechte zu Gunsten seiner Erben erwirbt. Es liegt daher einfach ein Vertrag zu Gunsten Dritter vor und es entsteht daher die Frage, ob ein solcher Vertrag nach den Bestimmungen unsereres Obligationenrechtes zulässig sei. Wie nun überhaupt Verträge zu Gunsten Dritter — mit Ausnahme der Ueberbünde — dem bernischen

Rechte unbekannt sind, so widerstreitet eine derartige Verfügung insbesondere dem Charakter der Erbverträge. Satz. 896 C. sieht nur solche Bestimmungen vor, wodurch die Kontrahenten sich gegenseitig etwas zusichern, nicht aber solche, wodurch dritten Personen etwas zugewendet werden soll, und wenn Verfügungen auf den Todesfall zu Gunsten Dritter in Erbverträgen nicht zulässig sind, so würde es offenbar dem Sinne und der Absicht des Gesetzes widerstreiten, vertragliche Verfügungen zu Gunsten Dritter in Erbverträgen als statthaft zu betrachten. So wurde denn auch durch Urtheil vom 13. November 1868 in Sachen Ischi contra Witschi *) entschieden, daß der von der Ehefrau auf den Fall des Vorabsterbens des Ehemannes in einer Eheverkommniß erklärte Verzicht auf ihr zugebrachtes Gut unter Vorbehalt der Nutznießung — ungültig sei. Es ist somit, da aus den angegebenen Gründen die in dem Ehetage vom 2. Oktober 1868 getroffene Verfügung zu Gunsten der Erbschaft des Johann Ulrich Schneider nicht rechtsbeständig ist, die erste Streitfrage zu bejahen.

Es ist aber auch die zweite Streitfrage im bejahenden Sinne zu beantworten. Die Auffassung der Erbschaft Schneider, daß sie nur in dem Falle verpflichtet wäre, der Wittwe Schneider den ihr im Ehetage von ihrem Ehemanne zugesicherten Naturalschleiß zu entrichten, wenn die Verfügung, wonach den Erben Schneider ein Drittel des zugebrachten Vermögens auf das Vorabsterben des Ehemannes zufallen sollte, aufrecht erhalten würde, ist eine ganz irrige. Nach der Absicht der Kontrahenten sollte der mehrerwähnte Ehetag ein synallagmatischer Vertrag sein, in welchem Leistung und Gegenleistung in der gegenseitigen Aufhebung des Notherbrechts bestand. Nun ging man noch weiter, indem der künftigen Ehefrau auf den Fall des Vorabsterbens des Ehemannes als weitere Gegenleistung noch ein Schleiß zugesichert wurde, wie anderseits auf den Fall des Vorabsterbens der Ehefrau ein Drittel ihres Zugebrachten dem Ehemann zum Eigenthum verbleiben sollte.

Vom Standpunkt der beklagten Erbschaft aus, wonach sie nur unter der Bedingung, daß ihr ein Drittel des eingekehrten Weibergutes zufalle, zur Ausrichtung des Schleißes verpflichtet wäre, würde man zu der Unbilligkeit gelangen, daß Wittwe Schneider nunmehr auf das Vorabsterben des Ehemannes hin keinerlei Rechte am Vermögen der Letztern erwerben würde, während umgekehrt dem Ehemann beim Vorabsterben der Frau unter allen Umständen ein Drittel ihres zugebrachten Gutes als Eigenthum zugefallen wäre.

---

*) Ztschr. V, 102.

**73. Rechtsversicherung. — Der ein Bestandverbot anfechtende Miether ist nicht auf Grund des § 51 litt. b P. rechtsversicherungspflichtig.**

Wittwe Bornand (Beklagte) c. Wittwe Perrenoud, (Klägerin).

8. Oktober 1881.

Erwägungsgründe:

In der Hauptsache stützt sich das Rechtsversicherungsbegehren der Wittwe Bornand auf die Anschauung, daß Wittwe Perrenoud durch die Bestreitung der Zulässigkeit des von der ersteren auf Grund des Miethvertrages vom 10. Februar 1879 herausgenommenen Bestandverbotes für eine restanzliche Miethzinsforderung von Fr. 1486. 50 einer Schuldbetreibung nicht ihren ungehinderten Lauf lassen wolle, die sich auf eine rechtsförmige, auf sie lautende Schuldschrift gründe. Die Kassationsklägerin sei materiell die Beklagte, die Voraussetzungen des § 51 litt. b P. seien im vorliegenden Falle vorhanden und das Rechtsversicherungsbegehren somit begründet.

Vor Allem aus muß nun daran festgehalten werden, daß grundsätzlich jedermann sein Recht ohne Hemmung soll verfolgen und vertheidigen können und daß daher die prozessualischen Bestimmungen über Rechtsversicherung nicht in ausdehnendem Sinne, sondern strikt zu interpretiren sind. Es ist denn auch wiederholt anerkannt worden, daß in Vollziehungs- und Einspruchs-Streitigkeiten ein Rechtsversicherungsbegehren unzuläßig sei (vgl. namentl. Urtheil in Sachen Moser contra Bylang v. 25. Sept. 1851 *). Der Standpunkt, daß bloß im ordentlichen Prozeßverfahren dieses Begehren statthaft sei, wurde nur verlassen, wenn es sich um Vindicationen und um die Frage der prinzipiellen Zulässigkeit eines Manifestationsverfahrens handelte. Was nun speziell den vorliegenden Fall betrifft, wo die Gültigkeit eines Bestandverbotes in Frage steht, so ist zunächst das Bestandverbot — ebenso wie das Arrestverfahren — mit dem ordentlichen Betreibungsverfahren, welches der § 51 litt. b P. im Auge hat, nicht auf Eine Linie zu stellen und es dürfen die für den Fall einer gewöhnlichen Schuldbetreibung nach § 51 litt. b P. geltenden Vorschriften nicht auch auf die besondern Vollziehungsverfahren, wie Bestandverbot und Arrest angewendet werden. Wenn aber auch das Be-

*) Ztschr. für vat. Recht, XI, 319.

standverbot als eine Art Schuldbetreibung aufgefaßt werden sollte, so würde doch die weitere Voraussetzung der Anwendbarkeit des des § 51 b P., nämlich ein Widerspruch gegen die erhobene Schuldbetreibung, in casu fehlen. Die Vorladung zur Cassation eines Bestandverbotes, kann nicht mit dem Rechtsdarschlag gegen eine Zahlungsaufforderung identifizirt werden, denn dieselbe ist ein dem Bestandschuldner gewährtes Rechtsmittel, um sich einer möglicherweise ungerechtfertigten Exekutionsmaßregel, gegen deren Ausführung ein Widerspruch unstatthaft ist, zu entziehen, und dieses Recht, eine materielle Prüfung des eingeschlagenen Verbotverfahrens zu provoziren, darf dem Miether nicht dadurch verkümmert werden, daß man es von der Leistung eiuer Rechtsversicherung abhängig macht. Ueberdieß könnte die Bestimmung des § 649 V.-V., daß die formelle Parteistellung der streitenden Theile — Kassationskläger und Kassationsbeklagter — an ihrer Beweislast nichts ändere, selbst wenn man im vorliegenden Falle die Zulässigkeit eines Versicherungsbegehrens prinzipiell nicht bestreiten wollte, offenbar nur die Bedeutung haben, den formellen Kläger von der Rechtsversicherung des § 51 litt. a P. zu befreien, nicht aber ihn als den eigentlichen Beklagten zur Rechtsversicherung nach § 51 litt. b P. zu verpflichten. — Endlich trifft im vorliegenden Falle die ratio legis nicht zu, denn die in § 51 b P. vorgesehene Sicherheitsleistung hat den Zweck, der Gefahr vorzubeugen, daß der durch den muthwilligen Widerspruch des Schuldners zum Prozesse genöthigte Gläubiger auch noch die Kosten des Prozesses an dem erstern verliere, während derjenige, welcher ein Bestandverbot herausgenommen hat, schon durch sein Pfandrecht an den mit Verbot belegten Gegenständen (§ 650 V.-V.) gegen diese Gefahr gesichert ist.

## 74. „Rechtsbürge". Dieser Ausdruck umfaßt auch die Schuldversicherungsbürgschaft.

Solothurnische Hülfskasse c. Gräub und Mithafte.

14. Oktober 1881.

Die wegen Widerspruchs gegen eine Schuldbetreibung zur Schuld- und Rechtsversicherung angehaltenen Beklagten hatten einen „Bürgschaftsakt" eingelegt, in welchem nach Erzählung der betreffenden gerichtlichen Verhandlung gesagt war: „Gemäß dieser gerichtlichen Verhandlung verpflichten sich die Unterzeichneten F. G., J. M. und G. W. als wahre und unbedingte Rechtsbürgen für

die HH. R., M., B. und Gr. gegenüber der Solothurnischen Hülfskasse. Sie versprechen alles dasjenige zu leisten, was das Gesetz von ihnen verlangt." — Diese Verpflichtungsurkunde wurde von den Klägern nicht als rechtsgenüglich erachtet, und es stellten dieselben ein dem § 54 Abs. 2 P. entsprechendes Rechtsbegehren. Dasselbe wurde abgewiesen, mit folgender

### Begründung:

Das Rechtsbegehren der Klägerin, Solothurner Hülfskasse, die Beklagten H. Bauder und Mithafte seien schuldig, derselben den geforderten Betrag von Fr. 9,500. — nebst Zins und Folgen sofort zu bezahlen oder der Betreibung ihren Fortgang zu lassen, stützt sich auf § 54, zweites Alinea, P., indem sie behauptet, die von den Beklagten in Folge gerichtlicher Verhandlung vom 25. Januar 1881 geleistete Schuld- und Rechtsversicherung sei nicht gehörig geleistet worden.

Wenn heute bemerkt worden ist, die Klägerin hätte laut dem angerufenen § 54 erstes Alinea P. diesem Begehren vorgängig vom Richter die Zulänglichkeit der geleisteten Sicherheit beurtheilen lassen sollen, so ist dieß nicht richtig, weil die Entscheidung dieser Frage einen praktischen Zweck nur haben kann, wenn damit eine Condemnation des Beklagten in die Folgen seiner Säumniß verbunden wird, wie denn im § 55 P. ausdrücklich vorgeschrieben wird, es sollen, wenn die geleistete Sicherheit ungenügend gefunden werde, stets die in § 54 P. festgesetzten Folgen ausgesprochen werden. Es ist daher der Entscheid über die Zulänglichkeit der Sicherheit blos ein Präjudiz für das condemnirende Urtheil des Richters, im Falle er die Sicherheit unzulänglich findet.

Was die Sache selbst betrifft, so handelt es sich im vorliegenden Falle um die Interpretation einer Bürgschaftsverpflichtung. Nachdem sich nämlich unterm 25. Januar 1881 die Beklagten dem klägerischen Schuld- und Rechtsversicherungsbegehren schließlich unterzogen und die Rechtssicherheit für den Fall, daß sie in baar geleistet würde, auf Fr. 300 bestimmt worden war, legten die Beklagten innert gesetzlicher Frist einen Bürgschaftsakt d. d. 1. Febr. 1881 ein. In demselben wird der ganze Hergang der Sache bis und mit der Verhandlung vom 25. Januar 1881 berichtet und sodann verpflichten sich, gemäß dieser Verhandlung Fritz Grüring-Dutoit in Biel, Johann Mayer in Madretsch und Gottfried Walter in Mett als wahre und unbedingte **Rechtsbürgen** für die Beklagten gegenüber der Solothurner Hülfskasse und versprechen, alles dasjenige zu leisten, was das Gesetz von ihnen verlange.

Die Habhaftigkeit der Bürgen kann gegenüber der authentischen Beurkundung derselben im fraglichen Akte von der Klägerin heute nicht mehr zum Gegenstande gerichtlicher Erörterung gemacht werden. Ebensowenig kommt für die Beurtheilung der Frage nach der Zulänglichkeit der geleisteten Sicherheit die nachträgliche Erklärung der drei genannten Bürgen d. d. 30. April 1881 in Betracht, weil sie erst nach Ablauf der gesetzlichen Frist beigebracht wurde, so daß sich die zu entscheidende Streitfrage dahin resumiren läßt: Ist mit dem Bürgschaftsakte vom 1. Februar 1881 auch die Schuldversicherung geleistet worden?

Nach Satz. 702 C. sollen die in einem Rechtsgeschäfte gebrauchten Worte in dem Sinne ausgelegt werden, den sie nach ihrer eigenthümlichen Bedeutung haben, wenn sich nicht aus dem Vertrage selbst ergibt, daß die Contrahenten denselben einen andern Sinn beigelegt.

Wird nun auch im bernischen Prozeßrecht zwischen Schuld- und Rechtsversicherung unterschieden, so ist damit noch nicht gesagt, daß der Ausdruck: „Rechtsbürge" den Bürgen für die Prozeßkostensicherheit bedeuten müsse. Es steht nämlich sprachlich nichts entgegen, diesen Ausdruck in einem weitern Sinne auf alle Kautionen im „streitigen Recht" auszudehnen, also namentlich auch auf die Schuldversicherung, wo solche im Prozesse geleistet werden soll, und der Zusammenhang, in welchem derselbe hier im konkreten Falle gebraucht wurde, setzt außer Zweifel, daß es in der Absicht der verschriebenen Bürgen gelegen war, sich auch für die eingeforderte Kapitalsumme nebst Zinsen und Folgen zu verpflichten.

## 75. Verhältniß des Civilprozesses zum Strafprozeß. — Le criminel emporte le civil. — Rechtsstillstand.

Wenger c. Hertig und Mith.

15. Okt. 1881.

Vgl. Bd. XIV, S. 284, 413.

Thatbestand und Motive des Urtheils lauten:

Joseph Hauser, Pferdehändler in Bern, stellte unterm 30. Dezember 1878 dem Bendicht Hertig obgenannt eine „Schuldanerkennung und Verpflichtung" aus, worin derselbe erklärte, daß er dem Letztern einen Betrag von Fr. 4443. 16 nebst Zinsbetreffniß schuldig sei.

Diese Forderung trat Hertig ab: a. dem Fürsprecher Häberli in Bern am 27. Mai 1879, Fr. 350. 60; b. dem Jakob Wenger obgenannt am 15. Mai 1879, Fr. 4092. 56 „mit Erkennen den Gegenwärt durch Geschäftsbesorgung nnd Bezahlung oder Uebernahme von Schulden des Hertig erhalten zu haben". Unterm 9./10. März 1880 machte Wenger von dieser Cession dem Schuldner Hauser rechtliche Mittheilung.

Niklaus Rüfenacht und Seeli & Comp. pfändeten für die Beträge von Fr. 1552. 50 und Fr. 144. 22, welche Bendicht Hertig schuldet, dessen Forderung auf Joseph Hauser in einem Betrage von Fr. 4092. 56 und ordneten auf den 10. März 1881 darüber eine Gantsteigerung an. Dieser beabsichtigten Vergantung widersetzte sich Jakob Wenger, indem er sowohl gegen Niklaus Rüfenacht, Seeli & Comp., als gegen den gepfändeten Bendicht Hertig vor Richteramt Bern ein bezügliches Vindikations- und gleichzeitig Kassationsbegehren zur Verhandlung brachte.

Jakob Wenger behauptet nämlich, er sei, gestützt auf die vorgelegte Cession vom 15. Mai 1879, Eigenthümer des dem Hertig zugestandenen Forderungsrechtes, und es seien deßhalb Rüfenacht und Mithafte nicht befugt, dasselbe verganten zu lassen.

Die Vindikationsbeklagten ihrerseits behaupten, die fragliche Cession sei eine erschlichene. Wenger habe dieselbe in doloser Weise in Anwendung gebracht, er habe nie einen Gegenwerth geleistet. Diese Behauptungen wurden in einer Reihe von Artikeln weiter begründet.

Die Prozeßinstruktion dieses Vindikationsstreites wurde zu Ende geführt, ebenso das Beweisverfahren; es konvenirten die Parteien, die Beurtheilung desselben in erster Instanz zu umgehen. Termin zur Beurtheilung durch den Appellations- und Kassationshof wurde bestimmt auf Samstag den 15. Oktober 1881, Morgens 8 Uhr.

Mittelst Notifikation vom 11./12. Oktober abhin theilten die Beklagten dem Kläger mit, daß sie im Absprachstermine, 15. Oktober 1881, folgendes Rechtsbegehren zur Verhandlung bringen werden: Es sei in dem zwischen Parteien obwaltenden Civilprozesse Rechtsstillstand zu verhängen, bis über die eingereichte öffentliche Klage entschieden sein werde.

Im heutigen Termine stellten Fürsprecher Gygax und Fürsprecher Thormann den Vorantrag: es sei den Beklagten ihr Rechtsstillstandsbegehren zuzusprechen unter Kostenfolge.

Fürsprecher Pezolt beantragt, es sei auf das von der Gegenpartei gestellte Rechtsstillstandsbegehren nicht einzutreten, eventuell es sei dieses Begehren abzuweisen unter Kostenfolge.

Fürsprecher Gygax und Fürsprecher Thormann schlossen auf Abweisung der peremtorischen Einrede unter Kostenfolge.

Der Appellations- und Kassationshof zieht in Erwägung:

Die peremtorische Einrede des Klägers und Incidentalbeklagten, Jakob Wenger, gegen das heute Seitens der Beklagten und Incidentalkläger, Bendicht Hertig und Mithafte, gestellte Rechtsstillstandsbegehren in dem zwischen Parteien hängigen Vindikationsstreite ist nicht begründet, weil laut Kundmachung mit Vorladung vom 11./12. Oktober 1881 das daherige Gesuch demselben mehr als 24 Stunden vor der Erscheinung mitgetheilt worden ist (§ 86 P.).

Was die Hauptsache betrifft, so stützt sich das Rechtsstillstandsbegehren der Beklagten auf Art. 3, Al. 2 St.-V. Wenn nun auch dort blos der Fall vorgesehen ist, wo es sich um eine, neben der öffentlichen Strafklage bei dem Civilrichter besonders angebrachte Civilklage aus einer strafbaren Handlung handelt, so entspricht doch der vorliegende Fall, wenn auch nicht dem Wortlaute, so doch der ratio legis der angeführten Gesetzesbestimmung. Die Beklagten erheben nämlich gegenüber der Vindikationsklage des Wenger die Einwendung, die Abtretung vom 15. Mai 1879, welche das Fundament der Klage bildet, sei keine wirkliche Abtretung, sondern beruhe auf dolosem Mißbrauch einer ihm von Hertig ertheilten Generalvollmacht und könne ihnen daher als richtig nicht entgegengehalten werden. Nun haben sich aber die Beklagten überdieß veranlaßt gesehen, durch Einreichung einer Strafanzeige gegen Wenger wegen seiner betrügerischen Manipulationen eine öffentliche Klage zu erheben. Es würden daher die nämlichen Umstände, welche von den Beklagten vor dem Civilrichter einredeweise gegen die Vindikationsklage des Wenger geltend gemacht wurden, Anlaß zu Erörterungen vor dem Strafrichter geben. Die Voraussetzungen einer analogen Gesetzesanwendung sind demnach vorhanden, weil gegen Wenger eine Strafklage angehoben worden ist, gestützt auf diejenigen strafbaren Handlungen, welche von den Beklagten zur Bestreitung der Vindikationsklage des Wenger auf dem Wege der Einrede im Civilverfahren verwerthet worden sind und welche auch einer Civilklage auf Betrug hätten zur Begründung dienen können. Die Verhandlung vor dem Civilrichter muß somit nach Art. 3 St.-V. so lange eingestellt werden, bis über die gegen Wenger angebrachte öffentliche Klage entschieden ein wird.

**76. Miethvertrag. — Augenfällige Mängel der vermietheten Sache begründen keine Gewährleistungspflicht *). — Theilweise Kostenauflage an die obsiegende Partei.**

Burkhard contra Spar- uud Leihkasse Huttwyl.

21. Okt. 1881.

Erwägungsgründe:

a) Betreffend die Vorklage:

Unterm 14. August 1876 wurde zwischen dem Kläger Burkhard und der beklagten Spar- und Leihkasse Huttwyl ein Miethvertrag abgeschlossen, laut welchem Burkhard der Kasse das Erdgeschoß in seinem Hause auf der Hub zu Huttwyl um einen jährlichen Zins von Fr. 350. — vermiethete. Die Miethzeit sollte mit dem 1. Oktober 1876 beginnen und zehn Jahre — also bis zum 1. Oktober 1886 — dauern. Für den Fall, daß die eine oder andere Partei vor Ablauf dieser Frist kündigen würde, sollte dieselbe eine Entschädigung von Fr. 300 bezahlen. Schon unterm 25./29 Juli 1878 kündigte nun die Beklagte dem Kläger den Miethvertrag auf 1. Oktober 1878 und zwar gestützt auf Satz. 850, Ziff. 1 C., indem sie behauptete, die Bestandsache sei, ihrer mangelhaften Beschaffenheit wegen, nicht geeignet, die natur- und vertragsgemäßen Vortheile zu gewähren. Gestützt auf die vorerwähnte Vertragsklausel, verlangt nun Burkhard von der Kasse die dort vorgesehene Entschädigung von Fr. 300. —.

Die Letztere beruft sich dagegen darauf, in Folge der Mängel der Bestandsache, welche sie zur vertragsgemäßen Benutzung als ungeeignet erscheinen lassen, sei sie zur vorzeitigen Aufkündigung berechtigt gewesen. In den Artikeln 25—60 ihrer Hauptvertheidigung begnügt sich indessen die Beklagte — mit Ausnahme der Art. 52 und 60, welche nicht die vorliegende Frage nach dem Grundsatz der Entschädigungspflicht betreffen — mit bloßer Verneinung der klägerischen Behauptungen und hat die selbstständigen Anbringen auf die Widerklage beschränkt. Da sie somit den ihr obliegenden Beweis, daß sie zur vorzeitigen Aufkündigung berechtigt gewesen, nicht einmal angetreten hat, so muß — unter Vorbehalt des

---

*) Vgl. Seuffert's Archiv., Bd. 36, Nr. 101.

Entscheides über die Widerklage — dem Kläger sein erstes Rechtsbegehren zugesprochen werden.

Was das zweite Rechtsbegehren der Vorklage anbetrifft, so gesteht der Kläger im Art. 30 selbst zu, daß die Frau des Verwalters Minder bereit war, das Lokal reinigen zu lassen, daß er dieß aber nicht geschehen lassen wollte, weil er am betreffenden Tage auf den Markt mußte. Er hat daher ohne triftigen Grund die Beklagte an der Reinigung der Miethlokalitäten verhindert und ist demnach nicht berechtigt, dafür Entschädigung zu verlangen, daß diese Reinigung unterblieben ist.

b) Betreffend die Widerklage:

Der Kläger erhebt in erster Linie eine peremtorische Einrede gegen die Widerklage der Beklagten und stützt dieselbe auf die vorbehaltslose Bezahlung zweier Jahreszinse. Dieser Umstand könnte aber jedenfalls keiner der im Art. 146 P. aufgezählten prozeßhindernde Einreden zur Begründung dienen, sondern höchstens als Verzicht auf die nicht rechtzeitig geltend gemachten Reclamationen in Betracht fallen. Der Kläger ist sonach mit dieser Einrede abzuweisen. Zunächst behauptet nun die Beklagte in Art. 64 und 66 ihrer Widerklage, Burkhard habe versprochen, auf der Morgenseite des Kassenlokals ein Fensterlicht anzubringen, sowie den Untergrund unter der Bodendiehle behufs Abhaltung des Holzschwammes und der Feuchtigkeit überhaupt, mit Holz- oder Steinkohlenabgang bedecken zu lassen, habe aber keine dieser Versprechungen gehalten. Burkhard hat jedoch als Eidesdelat in Abrede gestellt, die eine oder andere dieser Versprechungen abgegeben zu haben und es fallen daher die hierauf bezüglichen Reklamationen der Beklagten als unbegründet dahin.

Im weitern wird geltend gemacht — und dieß ist das Hauptfundament der Widerklage — die Miethlokalität sei in Folge ihrer Feuchtigkeit völlig ungeeignet gewesen, den Zwecken der Beklagten zu dienen und die vertragsgemäße Benutzung zu ermöglichen, und der Kasse sei dadurch ein bedeutender Schaden entstanden, den ihr der Kläger zu vergüten habe. Die Beklagte beruft sich in dieser Beziehung auf Zeugen, richterlichen Augenschein und Experten. Aus den Zeugen-Aussagen verbunden mit dem richterlichen Augenschein sammt Expertenbefinden geht nun allerdings hervor, daß das fragliche Lokal etwas feucht und für die Zwecke einer Kasse nicht eben geeignet war, sowie daß der Beklagten in Folge dessen Schaden erwachsen ist. Der Experte macht aber darauf aufmerksam, daß Lage und Oertlichkeit — das Licht kommt von Norden her und die fragliche Lokalität stößt mit der den Fenstern entgegengesetzten

Seite unmittelbar an eine Hügelwand — als Hauptfaktoren der konstatirten Feuchtigkeit zu betrachten seien und daß dieselbe in keinem höhern Grade vorhanden zu sein scheine, als dieß ohne ganz spezielle Einrichtungen und Maßnahmen in solchen Lokalen vorkommen werde. Bringt man dieß in Verbindung mit der bewiesenen Thatsache, daß die baulichen Veränderungen, welche der Kläger vornehmen ließ, um das Erdgeschoß seines Hauses für die Spar- und Leihkasse Huttwyl zweckdienlich einzurichten, unter den Augen des Präsidenten des Verwaltungsrathes und des Verwalters der Kasse, welche öfters auf der Baustelle anwesend waren, und ohne Einspruch von ihrer Seite erfolgten, und daß Beamte und Angestellte der Kasse von vornherein annahmen, es werde das Lokal feucht sein (vergl. Aussagen der Zeugen Johann Flückiger und Albert Herzig), so ist man zu dem Schlusse berechtigt, daß die Mängel der Bestandsache nicht nur augenfällig, sondern sogar vorgesehen waren. Für augenfällige Mängel besteht nun aber bei den belästigenden Verträgen nach Satz. 707 C. eine Gewährspflicht nur im Falle von Arglist, welche hier nicht vorliegt.

Die Widerklagsbegehren der Beklagten sind daher nicht begründet, und sie ist mit denselben abzuweisen, ohne daß noch auf den vom Kläger eventuell geltend gemachten Gesichtspunkt, daß die Beklagte durch Bezahlnng des Miethzinses auf ihre Reklamationen verzichtet habe, eingetreten zu werden brauchte.

Was den Kostenpunkt betrifft, so erscheint es als billig mit Rücksicht auf die vielen durch die allzu weitläufige Beweisführung des Klägers verursachten Kosten, der Beklagten von denjenigen der ersten Instanz bloß $^2/_3$ aufzuerlegen,*) während die Rekurskosten, weil beide Parteien appellirt haben, dagegen das erstinstanzliche Urtheil bestätigt worden ist, unter dieselben wett zu schlagen sind.

**77. Schuld- und Rechtsversicherung. Liquider Beweis der Befreiungsgründe. — Die Konkurseröffnung bewirkt Zahlfälligkeit terminirter Forderungen, auch gegenüber dem Bürgen.**

Michaud contra Witz.

21. Okt. 1881.

Erwägungsgründe:

In thatsächlicher Beziehung wird vom Beklagten nicht bestritten, daß seine Bürgschaftsverpflichtung sich auf eine rechtsförmige und

*) Dies widerspricht der bisherigen Praxis, vgl. § 49 P.

für ihn verbindliche, öffentliche Urkunde gründe, sowie, daß die Forderung, für welche er als Bürge belangt wird, nicht bereits durch Grund- oder Faustpfänder hinlänglich gedeckt sei, § 437 B.-B., sondern er wendet bloß ein, die Schuld wofür er als Bürge gehaftet, bestehe dermalen nicht mehr, eventuell, sie sei noch nicht zahlfällig, und er sei daher gemäß § 440 B.-B. in Verbindung mit § 51 *litt. b in fine* P. der Pflicht zur Schuld- und Rechtsversicherung enthoben. Es fragt sich daher, ob der Beklagte Witz seine Einreden gegen die Zahlfälligkeit oder das dermalige Bestehen der Schuld durch Urkunden oder Eideszuschiebung bewiesen habe, wie dieß der § 51 litt. b P. vorschreibt.

Der formelle Einwand des Klägers Michaud, der Beklagte habe gegenüber dem Schuld- und Rechtsversicherungsbegehren nicht peremtorisch geschlossen, ist nicht begründet, weil der im Gesetz gebrauchte Ausdruck „Einreden" blos so viel bedeuten soll, als „Einwendungen" oder „Vertheidigungsgründe" und dieselben daher einläßlich anzubringen sind, nicht aber wie in den Fällen des § 146 P. einen Schluß auf Nichteintreten rechtfertigen würden.

Was nun aber die Sache selbst betrifft, so hat der Beklagte den in § 51 litt. b P. vorgesehenen liquiden Urkundenbeweis für seine Einreden gegen das klägerische Schuld- und Rechtsversicherungsbegehren nicht geleistet. Er beruft sich allerdings in Art. 11—13 auf verschiedene Umstände — wie verspätete Anbringung der im Geltstage der Wittwe Förster erhaltenen fruchtbaren Anweisung Seitens des Gläubigers Michaud, Annahme derselben als Bezahlung durch Betheiligung an einer Gütergemeinschaftsaufhebungssteigerung — aus welchen sich ergeben soll, daß die Schuld dermalen nicht mehr bestehe, aber es wird keine Urkunde angerufen, durch welche die Bezahlung der Schuld ohne Weiteres bewiesen würde. Ein derartiger Beweis des Nichtbestehens der Schuld durch Schlußfolgerungen ist nun im Stadium der Schuld- und Rechtsversicherung nicht zuläßig, sondern kann erst bei der Beurtheilung der Hauptsache auf seinen Werth hin geprüft werden. *)

Rücksichtlich der Frage nach der Zahlfälligkeit der Schuld beruft sich der Beklagte auf den Forderungstitel, welcher freilich eine vorherige Aufkündigung vorsieht. Dieses Argument ist indeß aus dem Grunde nicht zutreffend, weil durch den Geltstag des Hauptschuldners die Forderung fällig geworden ist und zwar auch gegenüber den Bürgen (§§ 563, 576, 578, 595, B.-B., Satz. 910

---

*) Vgl. indeß Heft 1, S. 57 hievor.

C., Urtheil in Sachen Gehrig-Maurer vom 1. März 1878, Zeitschrift Bd. 14, Seite 646). *)

Es liegt mithin gerade der Gegenbeweis dafür vor, daß die Schuld gegenwärtig zahlfällig ist.

Es ist sonach weder der Beweis des dermaligen Nichtbestehens der Schuld, noch derjenige, daß dieselbe nicht zahlfällig sei, in gesetzlicher Weise erbracht worden. Das Schuld- und Rechtsversicherungsbegehren des Klägers ist daher begründet und muß demselben zugesprochen werden.

**78. Negatorienklage. — Der Grundeigenthümer ist befugt, die zu Gunsten einzelner ihm gehörigen Grundstücke bestehende Wegdienstbarkeit auch für die Bewirthschaftung anderweitiger Grundstücke zu benutzen, sofern die Last des dienenden Grundstückes dadurch nicht erschwert wird.**

Desponts (Bekl.) contra Moser (Kl.).

3. Nov. 1881.

Chr. Moser besaß zu Trimstein ein Heimwesen, bestehend aus einem Wohnhaus mit Bescheurung und circa 6 Jucharten Erdreich. Nördlich grenzte an dasselbe das ungefähr gleich große Heimwesen des Anton Desponts. In dem Erwerbtitel des Moser vom Jahr 1860 war unter Anderem gesagt, es sei über dessen Erdreich dem Samuel Wanzenried oder dessen Nachbesitzern (Wanzenried war der ehemalige Besitzer des Heimwesens von Desponts) ungehindertes Fahrwegrecht zu gestatten. Und der ursprüngliche Begründungsakt der Servitut bestand in einem Tauschvertrage zwischen den Rechtsvorfahren der heutigen Parteien, vom Jahr 1793, in welchem gesagt war, der Vertäuscher Wanzenried habe sich „über das Vertauschte eine ungehinderte Fahrwegsame von seinem gegen der Gegentäuscher Haus vorbehalten.“ — Im Jahr 1877 hatte Desponts an Stelle seines abgebrannten Wohnhauses ein neues aufführen lassen und sodann im Jahr 1879 ein 2 $^3/_8$ Juch. großes Stück Mattland, „Weyermatte“, gekauft, welches in einiger Entfernung von seinem Heimwesen in südlicher Richtung lag, jenseits des Moser'schen Heimwesens, über welches er denn auch gehen mußte, um von seinem Hause zur Weyermatte

*) Anders: Art. 500 O.-R.

zu gelangen. Er benutzte nnn auch sein Fahrwegrecht, welches ihm bisher nur zur Verbindung mit den Ortschaften Trimstein und Rubigen gedient hatte, zur Bewirthschaftung des neu erworbenen Grundstückes. Sofort ließ Moser ihm diese Benutzung richterlich verbieten und erhob auf den erfolgten Rechtsdarschlag sodann eine Klage auf Anerkennung des Verbots, womit er ein Rechtsbegehren des Wortlauts verband: Es sei gerichtlich zu erkennen, es laste auf der Besitzung des Klägers keine Wegdienstbarkeit zu Gunsten der vom Beklagten kürzlich erworbenen Weyermatte. Widerklagsweise verlangte Letzterer namentlich die Anerkennung eines ungehinderten Benutzungsrechts in Hinsicht auf den fraglichen Fahrweg, namentlich von seinem Hause zur Weyermatte und zurück.

In erster Instanz erlangte der Kläger ein obsiegliches Urtheil. Dasselbe wurde indeß obergerichtlich abgeändert, gestützt auf folgende

Erwägungen:

Der Beklagte Desponts beansprucht keine Wegdienstbarkeit über des Klägers Besitzung zu Gunsten der von ihm im März 1879 erworbenen Weyermatte. Es fehlt an jeder dinglichen Beziehung zwischen dieser Weyermatte und dem Heimwesen des Klägers Moser, indem die Ausübung der fraglichen Dienstbarkeit nicht geeignet ist, der Weyermatte einen direkten und dauernden Vortheil zu gewähren. Ein Interesse, das Fahrwegrecht über die Moser'sche Besitzung zu dem Zwecke zu benutzen, um zur Weyermatte zu gelangen, ist nur so lange denkbar, als die Vereinigung derselben in der Hand des Desponts, bezw. seiner Nachbesitzer dauert. Sobald diese Vereinigung durch Veräußerung, Verpachtung, oder in anderer Weise aufhört, kann keine Rede mehr davon sein, daß der Besitzer der Weyermatte ein Wegrecht über Mosers Grund und Boden beanspruchen dürfte. Die zu entscheidende Frage ist also blos die, ob der Beklagte Desponts befugt sei, die ihm zustehende Wegdienstbarkeit auch zu benutzen, um von seinem Hause zur Weyermatte und zurück zu fahren. In diesem Sinne und vorbehältlich der Beurtheilung der Widerklage, ist denn auch das erste Rechtsbegehren der Vorklage begründet. — Nach dem soeben Gesagten hängt die Entscheidung über die Widerklage davon ab, ob man in der Benutzung des Fahrwegrechtes in der Richtung nach der Weyermatte hin eine Erschwerung der zu Gunsten des beklagtischen Grundstückes auf der Besitzung des Klägers lastenden Wegdienstbarkeit zu erblicken hat oder nicht. Das iu Rede stehende Fahrwegrecht wird nun im konstitutiven

Titel — Tauschbrief von 1793 und 25. Mai 1807 — bezeichnet als ein „ungehindertes“. Es handelt sich daher nicht um eine beschränkte Dienstbarkeit, und da der Titel den Umfang derselben nicht näher angibt, so muß nach Satz. 458 C. für das Maß, in welchem sie ausgeübt werden darf, das Bedürfniß des herrschenden Grundstückes maßgebend sein. Es wäre mithin, weil die Dienstbarkeit keine beschränkte ist, dem Kläger Moser der Beweis obgelegen, daß durch die Zufuhr von Produkten aus der Weyermatte das Bedürfniß des dem Desponts gehörenden Besitzthums überschritten werde. Einen solchen Nachweis hat aber Moser nicht erbracht, namentlich hat sich seine Behauptung, daß Desponts an der Stelle des abgebrannten Hauses ein bedeutend größeres und bedeutend mehr Vorräthe fassendes Gebäude errichtet habe, als unrichtig erwiesen. So wenig daher Moser dem Beklagten das Recht bestreiten könnte, das Bedürfniß seines Grundstückes durch Zufuhr von Außen zu decken und zu diesem Behufe das ihm zustehende Fahrwegrecht über des Klägers Heimwesen in Anspruch zu nehmen, ebenso wenig ist er berechtigt, Desponts zu verhindern, den nämlichen Zweck dadurch zu erreichen, daß er sich dieses Fahrwegrechts bedient, um die Erzeugnisse der ihm eigenthümlich zustehenden Weyermatte auf seine Besitzung zu führen und dort zu landwirthschaftlichen Zwecken zu verwerthen.

## 79. Die Unterlassung eines landesabwesenden Notherben, innerhalb 30 Tagen die Erbschaft anzunehmen, ist nicht als Ausschlagung zu betrachten.

Luise Bach (Bekl.) contra Nachgeltstagsmasse Perreten.

4. Nov. 1881.

Wir entnehmen den obergerichtlichen Entscheidungsgründen:

.... „Es fehlt an einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung, welche an die Nichtannahme der Erbschaft innert 30 Tagen Seitens der landesabwesenden Notherben, der testamentarischen und gesetzlichen Erben die Folge knüpfen würde, daß dieselbe nun als ausgeschlagen gelten solle, wie dieß umgekehrt nach Satz. 639 C. bei Nichtausschlagung der Erbschaft innert 30 Tagen Seitens der landesanwesenden Notherben der Fall ist. Die Nichtannahme innert der gesetzlichen Frist hat nach Satz. 641 C. und § 604 V.-V. nur die Folge, daß die gerichtliche Vereinigung stattfinden kann, welche die erbberechtigten Personen sogar ver-

langen können, ohne auf einen allfälligen Ueberschuß zu verzichten (Satz. 643 C. in Verbindung mit § 605 B.-B., vgl. auch Urtheil vom 8. August 1874 *). Wenn daher die Fiktion der Ausschlagung nicht zulässig ist, so ist die Erbschaft weder ausgeschlagen noch angenommen . . . ."

## 80. Schuldbetreibung gegen den dritten Erwerber einer verpfändeten Liegenschaft.

Gerber (Kl.) contra Stucki (Bekl.).

4. Nov. 1881.

Vgl. Z.-Sch. XIV 659.

Stucki schuldete dem Stalder eine Kaufrestanz von Fr. 1513, welche dieser in Betreibung setzte. Es kam bis zur Gantpublikation über die verpfändete Liegenschaft, welche am 22. Jan. 1881 per 2. Febr. gl. J. erfolgte. Mittlerweile hatte Stucki die Liegenschaft an Gerber veräußert; der Pfandgläubiger erhielt am 31. Januar den Avisbrief des Amtsschreibers, that aber keine Schritte gegen den neuen Erwerber des Unterpfandes. Dieser trat nun mit einem Einspruch gegen die Gantsteigerung auf und verlangte Kassation der betreffenden Publikation. In erster Instanz unterm 31. Mai 1881 abgewiesen siegte er dagegen vor Appellations- und Kassationshof mit seinem Begehren ob. Die hierauf bezüglichen

Erwägungsgründe

lauten:

„. . . . Was hingegen die Unterlassung des Beklagten Ulrich Stucki betrifft, den Kläger Christian Gerber, als Besitzer des gepfändeten Heimwesens, von der Abhaltung der Versteigerung zu benachrichtigen, so ist allerdings in den §§ 430, 447 und 495 B.-B. vorgeschrieben, daß die jeweiligen Betreibungsvorkehren — Zahlungsaufforderung, Vollziehungsankündigung, Gantsteigerungspublikation — auch dem dritten Unterpfandsbesitzer mitgetheilt werden sollen. Dies ist offenbar in dem Sinne aufzufassen, daß der betreibende Gläubiger den dritten Pfandbesitzer von denjenigen Vorkehren in Kenntniß setzen muß, welche während des Besitzstandes des Letztern vorgenommen werden, weil dem Gläubiger unmöglich zugemuthet werden dürfte, „bei jeder während der Be-

*) Z.-Sch. X 281.

treibung erfolgten Handänderung der Pfandsache die Betreibung von Neuem zu beginnen.

In casu stellt sich daher die Frage folgendermaßen: Bildet die Unterlassung des Ulrich Stucki, den Christian Gerber von der Vergantung des dem Letztern gehörenden Heimwesens im Lippenlehn zu benachrichtigen, einen Grund, dem Kläger sein Kassationsbegehren zuzusprechen?

Stucki beruft sich darauf, er habe zur Zeit der Ausschreibung der Gantsteigerung — 17. Januar 1881 — keine Kenntniß von der erfolgten Handänderung des fraglichen Heimwesens gehabt und sei daher nicht in der Lage gewesen, den Kläger Gerber von der Abhaltung der Steigerung in Kenntniß zu setzen *). Es ist indessen in Betracht zu ziehen, daß die Bestimmungen des Vollziehungsverfahrens in Schuldsachen zwingender Natur sind und namentlich das Interesse des Schuldners im Auge haben (§ 426 V.-V.). Daraus muß nun wohl gefolgert werden, daß ein Umstand, der es dem betreibenden Gläubiger ohne sein Verschulden unmöglich macht, eine gesetzliche Formalität zu erfüllen, dem Schuldner, bezw. dem dritten Pfandbesitzer, nicht zum Nachtheil gereichen, ihn nicht in seinen Rechten beeinträchtigen soll.

Jedenfalls kann der dritte Unterpfandsbesitzer verlangen, daß ihn der Gläubiger nach Vorschrift des § 495 V.-V. von der Anordnung der Gantsteigerung rechtzeitig und gehörig benachrichtigen lasse, was im vorstehenden Falle nicht geschehen ist.

## 81. Unzulässiges „Zwischengesuch", gestützt auf § 429 V.-V. (betr. Abschrift der Schuldurkunde).

Schulgut Arni contra Moser.

5. Nov. 1881.

Erwägungsgründe:

Die Gemeinde Arni hat unterm 22./29. März 1881 gegen Christian Moser, Müller zu Schönislehn bei Biglen, eine Klage

---

*) Offenbar in Folge Nachlässigkeit der Fertigungsbehörde oder des Amtsschreibers, welcher gemäß Satz. 413 C. „bei seiner Verantwortlichkeit innerhalb der Nothschrift von 8 Tagen" die Sendbriefe der Post übergeben soll. Die Zufertigung hatte in casu am 12. Dezember 1880 gefertigt, der Sendbrief war vom 28. Dezember datirt, aber erst am 31. Januar 1881 versandt worden!! Was nützen bei solcher Vollziehung auch die besten Hypothekargesetze? — Red.

ausgespielt mit folgendem Rechtsbegehren: Christian Moser sei schuldig, der Klägerschaft zu Handen des Schulgutes der Gemeinde Arni die durch Zahlungsaufforderung vom 21./26. August 1880 geforderten jedoch widersprochenen Fr. 1086. 96 sammt Zins seit 6. April 1880 1880 à 4 % und Folgen zu bezahlen unter Kostenfolge. Sie gab dabei zugleich die Erklärung ab, der ursprüngliche Forderungstitel — das Testament des Andreas Siegenthaler vom Jahr 1800 — könne nicht znr Stelle gebracht werden, hingegen ergebe sich die Schuldpflicht des Moser hinlänglich aus den Inscriptionen im Grundbuch von Biglen, und es werde ihm nach geleisteter Zahlung eine gehörige Quittung ausgestellt werden.

Anstatt seine Hauptvertheidigung anzubringen, stellte Moser im Termin vom 25. Mai 1881 in der Form eines Zwischengesuches das Rechtsbegehren, er sei nicht schuldig, sich in den vorliegenden Prozeß einzulassen, unter Kostenfolge, und brachte zur Begründung desselben Folgendes an: Er habe gegen die Zahlungsaufforderung vom 21./26. Juli 1870 auf so lange Widerspruch erhoben, bis ihm gemäß § 429 B.-V. eine Abschrift des Forderungstitels vorgewiesen werde. Dies sei bis jetzt nicht geschehen und es sei daher die eingeklagte Forderung zur Stunde noch gar nicht streitig, weil er dieselbe nach Einsichtnahme des Forderungstitels möglicherweise gar nicht bestreiten werde. Dieses Zwischengesuch kann nicht als begründet erachtet werden. Der von Moser angerufene § 429 B.-V. bezieht sich nur auf den Fall, wo für die geltend gemachte Forderung eine Schuldurkunde besteht, während in casu die kläger'sche Gemeinde Arni erklärt hat, der ursprüngliche Forderungstitel könne nicht beigebracht werden und sie berufe sich daher auf das Grundbuch von Biglen, weil aus demselben die Begründetheit ihres Klagebegehrens hervorgehe. Ob nun der Klägerin der von ihr angetretene Beweis in dieser Beziehung gelungen sei, ist hier nicht zu untersuchen, sondern es ist lediglich die Frage zu prüfen, ob durch die in § 429 B.-V. enthaltene Vorschrift dem Gläubiger, welcher die Schuldurkunde nicht produziren kann, das Recht entzogen werden soll, gegen seinen Schuldner Klage zu erheben, weil es ihm nicht möglich ist, dem Letztern eine Abschrift des nicht mehr vorhandenen Forderungstitels zu verschaffen. Dies liegt aber offenbar nicht im Sinne des § 429 B.-V. und es ist daher im vorliegenden Falle, wo die ursprüngliche Schuldfrist — das Testament des Andreas Siegenthaler vom Jahr 1800 — vermißt wird, eine Berufung auf denselben nicht zulässig.

Das fragliche Zwischengesuch wäre aber sogar dann nicht begründet, wenn man annehmen wollte, die Anwendbarkeit des § 429 B.-B. sei in dem Falle des Nichtvorhandenseins einer Schuldschrift grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Es ist nämlich unrichtig, wenn der Beklagte Moser behauptet, die eingeklagte Forderung sei noch gar nicht streitig und er brauche sich daher in keinen Prozeß mit der Klägerin einzulassen. Moser hat sich nicht darauf beschränkt, eine Abschrift des Forderungstitels zu verlangen, sondern in formeller Weise erklärt, er erhebe gegen die Zahlungsaufforderung Widerspruch, auf so lange, bis ihm die verlangte Abschrift vorgewiesen werde, und in Folge dessen ist denn auch der abgehaltene Sühneversuch fruchtlos abgelaufen. Die Gemeinde Arni war somit berechtigt, gegen Moser auf dem Wege der gerichtlichen Klage vorzugehen, weil derselbe die gegen ihn geltend gemachte Forderung bestritten hat.

Davon, daß heute auch in der Hauptsache entschieden werde, wie dieß die Gemeinde Arni beantragt hat, kann deßhalb keine Rede sein, weil beide Parteien stets von der Voraussetzung ausgegangen sind, es handle sich um ein Zwischengesuch und der Beklagte, wenn er ein solches aufwirft, nach § 141 P. von der Einlassung einstweilen befreit ist. Es trifft also den Beklagten, welcher mit einem Zwischengesuche unterliegt, keineswegs die Folge des Verzichts auf die einläßliche Vertheidigung, welche nach § 153 P. dann eintritt, wenn er sich blos mit einer peremtorischen oder fristlichen Einrede gegen den Klagsanspruch vertheidigt und damit unterliegt.

## 82. Einseitiges Schuldversprechen. — Einrede der causa turpis.

Anna F. c. J. B.

12. Nov. 1881.

Vgl. Z.-Sch. XII, 222.

Jak. B. hatte am 9. August 1878 der Anna F. eine Schuldverpflichtung folgenden Inhalts ausgestellt: „Der Unterzeichnete erkennt hiemit, der Jungfer Anna F. in S. für geleistete Dienste und Folgen fünftausend Franken schuldig worden zu sein. Dieses zu Ihrer Sicherheit ausgestellt, wenn er unerwartet sterben sollte.“ Gegen die Einforderung der fraglichen Summe erhob der Vormund des seither bevogteten Ausstellers Widerspruch und ver-

theidigte sich gegen die bezügliche Klage theils dilatorisch, weil der Anspruch, wenn ein solcher bestünde, jedenfalls an die Bedingung geknüpft wäre, daß B. unerwartet sterben würde, sodann einläßlich, weil der angegebene Schuldgrund unwahr und der wirkliche Schuldgrund ein schändlicher gewesen sei; die Klägerin habe nämlich ihm den fleischlichen Umgang mit ihr gestattet und ihn sodann zu dem Glauben bewogen, ein von ihr geborenes Kind sei von ihm erzeugt. Die Klägerin replizirte, es habe sich allerdings um Entschädigung für vereitelte anderweitige Heirathsgelegenheit und Versorgung zweier mit dem Beklagten erzeugten Kinder gehandelt u. s. w. Ueber all diese Behauptungen wurde ein — wie sich später herausstellte — ziemlich unnöthiger Beweis geführt.

Das Amtsgericht Th. sprach dem Beklagten die fristliche Einrede zu und beurtheilte sodann auch eventuell (!) das Klagebegehren in zusprechendem Sinne, worauf beide Parteien die Appellation erklärten. Wie der App.- u. Kass.-Hof reformirte, ergibt sich aus nachstehenden

Erwägungsgründen.

a) Betreffend die fristliche Einrede:

Das Billet des J. B zu Gunsten der A. F., d. d. 9. August 1878, enthält in seinem ersten Theile eine unbedingte Anerkennung, derselben Fr. 5000 schuldig geworden zu sein. Zusatzweise wird sodann beigefügt: „Dieses zu ihrer Sicherheit ausgestellt, wenn er unerwartet sterben sollte."

Schon der äußern Anlage nach ist nicht anzunehmen, daß B. durch jenen Zusatz seine Schuldpflicht von der Bedingung habe abhängig machen wollen, daß er unerwartet sterben sollte, indem dadurch ein Widerspruch zwischen dem ersten und zweiten Satze entstanden und die unbedingte Schuldanerkennung nachträglich zu einer bedingten gemacht worden wäre. Nach Satz. 702 C. ist ein Vertrag im Zweifelsfalle so auszulegen, daß die einzelnen Bestimmnngen desselben mit dem Ganzen im Einklange bleiben. Die Wendung: „Dieses zu ihrer Sicherheit ausgestellt, wenn er unerwartet sterben sollte," ergibt nun einen ganz vernünftigen Sinn, wenn man in derselben die Angabe des Motives erblickt, welches den B. zur Ausstellung des Billets veranlaßte. Er wollte damit außer Zweifel stellen, daß das ausgestellte Schuldbillet den Zweck haben sollte, der Klägerin als schriftliches Beweismittel für ihre Forderung an ihn zu dienen, für den Fall, daß eine derartige Sicherstellung derselben nöthig werden sollte, nämlich wenn er durch unerwartetes Absterben an der Erfüllung seiner

schon früher mündlich eingegangen Verbindlichkeit verhindert werden sollte. Die durch Billet vom 9. August 1878 anerkannte Schuldverpflichtung des Beklagten J. B. ist daher eine unbedingte und somit die von ihm erhobene fristliche Einrede nicht begründet.

b) Betreffend die Hauptsache:

Seitens des J. B. wird geltend gemacht, der Schuldgrund, auf welchem die von der Anna F. gegen ihn eingeklagte Forderung beruhe, sei eine causa turpis, indem unter den „geleisteten Diensten und Folgen", von welchen im Billet die Rede ist, der fleischliche Umgang, den die Klägerin ihm gestattet habe, und die daraus entstandene Schwangerschaft zu verstehen seien. Aus einer causa turpis entstehen nun keine Klagrechte, und der Anspruch der Klägerin dürfe daher nicht gerichtlich geschützt werden. Ueberdieß stehe ihm noch die exceptio doli gegenüber der Anna F. zu, weil dieselbe ihn zu der irrthümlichen Annahme verleitet habe, sie sei von ihm schwanger, was nicht der Fall gewesen sei.

Vor Allem aus ist in Betracht zu ziehen, daß eine causa turpis nicht in der Weise hier vorliegt, daß die Schuldverpflichtung ausgestellt wurde, um die zukünftige Vornahme einer unsittlichen Handlung zu befördern. Vielmehr sollte nur Entgelt versprochen werden für geleistete Dienste und deren Folgen. Daß unter diesen „Folgen" die Schwangerschaft der Klägerin gemeint sei, wird zugestanden. Die Verpflichtung nun, einer außerehelich geschwängerten Weibsperson einen gewissen Betrag als Entschädigung ausrichten zu wollen, beruht offenbar auf keiner causa turpis, welche das Klagrecht ausschließen würde, namentlich nicht in einem Rechtsgebiete, wo die Vaterschaftsklage gesetzlich besteht, und die Geschwängerte das Recht hat, den Urheber ihrer Schwangerschaft zu Alimentationsbeiträgen für das Kind verurtheilen zu lassen.

Was sodann die geleisteten Dienste anbetrifft, so hat der Beklagte in Art. 17 seiner Hauptvertheidigung die Behauptung aufgestellt, unter diesem Ausdruck sei der fleischliche Umgang der Anna F. mit ihm zu verstehen und als Beweismittel den Eid der Klägerin angerufen.*) Nach den Depositionen der Letztern muß nun aber angenommen werden, daß diese Behauptung unrichtig ist und nicht die Gestattung des fleischlichen Umgangs Grund des Schuldversprechens war, sondern daß B. der Klägerin dafür Entschädigung hat leisten wollen, daß durch seine Dazwischenkunft und seinen

*) War dies Beweismittel angesichts § 266 P. zuläßig? Z.-Schr. XV, S. 19. (Red.)

Umgang mit ihr das Verhältniß, welches sie mit Peter Z. unterhalten hatte, und welches voraussichtlich bald zu einer Heirath geführt hätte, zerstört worden war, womit auch die Aussagen des Peter Z. selbst, sowie seiner Mutter, Barbara Z., geb. K., übereinstimmen. Auch nach dieser Richtung hin liegt daher keine causa turpis vor.*)

Eine „Einführung" des Beklagten durch die Anna F. in Betreff ihrer Schwangerschaft ist keineswegs nachgewiesen. Es ist konstatirt, daß sie zur Zeit der Ausstellung der Schuldverpflichtung durch B. — 9. August 1878 — wirklich schwanger war. Hat nun B. in Folge dieser Schwangerschaft der F. jenes Billet ausgehändigt, so ist er von der Annahme ausgegangen, daß die Schwangerschaft von ihm herrühre. Ob dieß in Wirklichkeit der Fall war, kann jetzt nicht mehr ausgemittelt werden, allein dieser Umstand ist angesichts der formellen Schuldanerkennung**) des Beklagten ebenso unwesentlich, als die Thatsache, daß die Klägerin keinen guten Leumund genießt. Die exceptio doli des Beklagten ist daher nicht begründet. Zudem hat der Beklagte die Schuldverpflichtung ausgestellt, und es wäre daher seine Sache gewesen, sich deutlicher darüber auszusprechen, daß er sich nur unter gewissen Voraussetzungen und unter welchen er sich verbindlich machen wolle. Der Anna F. muß daher ihr Klagsbegehren — gestützt auf das Billet vom 9. August 1878 — zugesprochen werden. —

---

*) Ebenso entschied in einem ganz ähnlichen Fall das O.-A.-G. Dresden (Seuff. Arch. VI, Nr. 18), wobei bemerkt wurde: „Turpitudo causæ fände statt, hätte der Erblasser, bevor Klägerin seinem Willen sich ergeben, und um sie hierzu zu bewegen, die in Frage stehende Zusage vollzogen" (i. e. ausgesprochen), während hingegen der Beklagte durch Ausstellung eines Versprechens, welches dazu bestimmt gewesen sei, die Zukunft der Klägerin sicher zu stellen, als die zweite außereheliche Entbindung bevorstand, „nichts der Sittlichkeit auch nur dem Anstande entgegenlaufendes begangen" habe. — Im Fernern wurde dort ausgeführt, daß in Fällen, wo Jemand „eine moralische, obschon nicht klagbare Verpflichtung" erfüllt, keine Schenkung im eigentlichen Sinne vorliege; hier sei es „eine von der Sittlichkeit an das objektive Recht ergehende und in den Quellen...... thatsächlich anerkannte Forderung, den Geber oder Promittenten gleich jedem andern aus einer erlaubten Zusage obligaten Paciscenten gehalten sein zu lassen." Diese Frage scheint im vorliegenden Falle nicht angeregt worden zu sein, obschon es nahe gelegen hätte, das „Billet" als verschleiertes Schenkungsversprechen ohne Annahmeerklärung anzufechten.

**) Derselben konnte doch auch Irrthum zu Grunde liegen, der, wenn entschuldbar, eine condictio begründet hätte. Vgl. Windscheid II, § 411 a: „Erfolgt die Anerkennung auf Grund der Ueberzeugung von der Wahrheit des Anerkannten, so bildet die Wahrheit des Anerkannten ihre Voraussetzung" u. s. w.

**83. Rechtsstillstand resp. Einstellung des Civilprozesses wird nicht verhängt, ohne daß die Voraussetzungen der §§ 215 und 216 P. vorliegen.**

Leuenberger c. Spar- und Leihkasse H.

12. Nov. 1881.

Vgl. Nr. 75 hievor und dortige Citate.

Die Spar- und Leihkasse H. hatte als Cessionarin des Notars Chr. Meyer gegen G. Leuenberger Fr. 15,000 eingeklagt auf Grund einer Bürgschaft für ein Darlehn, das ein Dritter von Meyer erhalten und worüber er eine „Handschrift" nach Solothurner Recht ausgestellt hatte. Der Beklagte brachte in dem für die Beantwortung der Klage festgesetzten fünften (!) Termin statt seiner Antwort ein Rechtsstillstandsbegehren an, welches er damit begründete, daß er eine Strafklage wegen Verfälschung der Schuldurkunde (Veränderung des Datums) und daheriger Verschlechterung des Ranges der Forderung, angebracht habe. Er wurde erst- und oberinstanzlich abgewiesen.

Die oberinstanzlichen

Motive

lauten:

Das Rechtsstillstandsbegehren des Leuenberger stützt sich in rechtlicher Beziehung auf § 215 P. Er macht nämlich geltend, die Handschrift vom 15. Januar 1876, aus welcher er als Bürge des Simon Studer belangt wird, sei im Datum verfälscht, indem die ursprüngliche Jahreszahl 1874 in 1876 umgeändert worden sei. In Folge dessen habe er unter'm 14. Juni 1881 beim Regierungsstatthalteramte Biel gegen Notar Meyer in Wiedlisbach, sowie gegen Simon Studer in Solothurn eine Strafanzeige wegen Fälschung eingereicht, und es sei daher der Civilproceß einzustellen, bis über die erhobene Strafklage entschieden sein werde.

Die Voraussetzungen des § 215 P. sind nun aber in casu nicht gegeben. Nach § 216 P. soll die Partei, welche eine, dem Anscheine nach unverdächtige Beweisurkunde als gefälscht oder verfälscht anfechten will, eine dießbezügliche Beweiseinrede erheben.

Im vorliegenden Falle hätte also der Beklagte seine Hauptvertheidigung produziren und in derselben die Einrede der Fälschung der Handschrift vom 15. Januar 1876 anbringen sollen. Würden sich alsdann im Verlaufe der Verhandlungen hinreichende Anzeigen ergeben haben, daß eine bestimmte Person Urheber der Fälschung und daß dieselbe von den Gerichten des Staates erreichbar sei, so wäre es an der Zeit gewesen, den Civilproceß ruhen zu lassen und das Criminalverfahren einzuleiten. Von der Anbringung einer Beweiseinrede dürfte bloß dann Umgang genommen werden, wenn der Thatbestand der Fälschung gleich von Anfang an objektiv und subjektiv sicher hergestellt wäre. Hier ist dieß nun nicht der Fall, indem lediglich vom Beklagten eine Strafanzeige wegen Fälschung eingereicht worden ist, ohne daß irgend welche andere Anhaltspunkte für die Annahme vorliegen würden, daß eine solche begangen worden, und daß eine bestimmte Person Urheber derselben sei. Leuenberger muß daher vorerst in seiner Hauptvertheidigung die Einrede der Fälschung erheben und dieselbe beweisen, und es wird sich sodann herausstellen, ob der Civilproceß nach § 215 P. zu sistiren sei oder nicht. Bis dahin ist das Rechtsstillstandsbegehren des Beklagten als verfrüht zu betrachten

**84. Die Vergantung der mit Bestandverbot belegten Sachen darf nicht ohne vorhergegangene Ankündigung der Vollziehung vorgenommen werden (§§ 650, vgl. 443, 455, B.-B.).**

Groß c. Käsereigesellschaft Treiten.

17. Nov. 1881.

**85. Ehescheidung. — Die vom Amtsgericht trotz Nichtvorhandensein eines bestimmten Scheidungsgrundes auferlegte Wartzeit wird von Amtes wegen kassirt.**

Möri c. Möri.

19. Nov. 1881.

**86. Aufforderung zur Klage. — Eine solche wird nicht ohne Weiteres begründet durch die Opposition gegen ein Bauvorhaben.**

Simmen c. Käsereigesellschaft Erlach.

1. Dez. 1881.

Vgl. Bd. XVII, S. 349.

Erwägungsgründe:

In der Einreichung einer Opposition gegen ein publizirtes Bauvorhaben bei der Amtsschreiberei liegt an und für sich noch keineswegs die Bedrohung des Baulustigen mit einem Civilanspruche. Solche Oppositionen sind zunächst durch die Administrativbehörde zu erledigen, und hierbei wird es sich dann namentlich auch klar herausstellen, ob die Opposition auf Gründen des öffentlichen Rechts beruht, oder ob der Opponent eine private Berechtigung zur Verhinderung des geplanten Baues in Anspruch nimmt, wie denn gerade in dieser Hinsicht die Opposition des Fürspr. S. zu verschiedentlicher Auffassung Anhalt gibt (Verordnung über die Hausbau-Concessionen vom 24. Jan. 1810). Es fehlt daher an dem Requisite des § 323, Ziff. 1 P. zur Anbringung der Provokation.

**87. Vorrecht des Lidlohns im Geltstag des Arbeitgebers.**

Geiser u. Mith. c. Leblanc.

2. Dez. 1881.

Der Uhrmacher Cyrille Leblanc arbeitete längere Zeit für den Uhrenfabrikanten Domon; die Arbeit wurde zu Hause angefertigt, von Zeit zu Zeit abgeliefert und der per Stück berechnete Lohn in ein „Carnet" eingetragen; er belief sich im April 1880, wo Domon in Geltstag fiel, auf Fr. 587. 80. Dem Carnet war eine vom Reg.-Rath des Kantons Bern genehmigte Fabrikordnung vorgedruckt, laut welcher die Ablöhnung der Arbeiter monatlich erfolgen sollte. In Wirklichkeit blieb aber der Lohn gewöhnlich stehen, und es wurden nach Convenienz des Geschäftsinhabers oder auf Verlangen der Arbeiter Zahlungen geleistet. Im Geltstage nun wurde Leblanc in Kl. III. für Lidlohn auf Baarschaft angewiesen, auf Einspruch

anderer Gluäbiger aber vom App.- u. Kaff.-Hof das Vorrecht aberkannt.

Erwägungsgründe:

Die Einspruchskläger bestreiten, daß die Anweisung des Cyrille Leblanc in Klasse III. der Geltstagsgläubiger der Eheleute Domon gerechtfertigt gewesen sei, weil die Forderung des Leblanc an die genannte Fabrik nicht unter den Begriff des Lidlohns falle (§ 584 litt. b. B.-B.). Richtig ist nun allerdings, daß der Beklagte das Fabrikreglement als Arbeiter unterzeichnet hat und daß dieses Reglement unter anderm auch die Bestimmung enthält, es solle monatliche Löhnung stattfinden. Man ist daher berechtigt anzunehmen, daß ein Lohnvertrag zwischen der Fabrik Domon und Leblanc zu Stande kam und daß die Bezahlung des Lohnes in bestimmten Fristen — d. h. monatlich — erfolgen sollte. Es erscheint auch als gleichgültig, daß Leblanc bloß auf Stück arbeitete. Damit aber das Vorrecht des § 584 litt. b. B.-B. als begründet betrachtet werden könnte, müßte die Forderung des Leblanc sich als Lidlohn-Forderung qualifiziren lassen. Das charakteristische Merkmal des Lidlohnes besteht nun darin, daß der Lohnberechtigte in einem gewissen persönlichen Abhängigkeitsverhältniß zu seinem Dienstherrn steht. Wenn auch das Vorrecht des Lidlohnes, welches nach gemeinem Rechte ursprünglich auf das Gesinde beschränkt war, in der Folge auf alle ständig im Hause dienenden Personen ausgedehnt worden ist, so blieb doch stets das Requisit bestehen, daß das Privileg nur dann gewährt werden soll, wenn ein solches Abhängigkeitsverhältniß vorhanden ist (vgl. die Urtheile in Seuff. Arch., Bd. 3, Nr. 309 und Bd. 10 Nr. 329, sowie die Motive zur deutschen Konkursordnung, § 54, Ziff. 1 *).) Andernfalls müßte das Vorrecht allen denjenigen Handwerkern eingeräumt werden, welche mit Jemanden einen Arbeitsvertrag schließen und sich dabei Bezahlung des Lohnes in bestimmten Fristen ausbedingen. Was nun den vorliegenden Fall betrifft, so fehlt es gerade an diesem Moment der persönlichen Abhängigkeit des Leblanc von den Eheleuten Domon als Inhabern der Uhrenfabrik Domon in Biel. Der Beklagte arbeitete nicht in der Fabrik; seine Thätigkeit ging nicht ausschließlich im Dienstverhältnisse zur Fabrik Domon auf, sondern er arbeitete zu gleicher

*) Es heißt dort von dem Privilegium des Lidlohns: „Ursprünglich beschränkt auf das „gebrödete Gesinde" (Chursächs. P. O. v. 1622), wurde es auf alle in dem Haushalt und dem Geschäft des Gemeinschuldners ständig dienenden Personen ausgedehnt."



Zeit, wie sich aus den vorgelegten Carnets ergibt, auch für verschiedene andere Fabrikanten. Er befand sich daher den Eheleuten Domon gegenüber in einer durchaus selbstständigen Stellung. und es stand ihm frei, für sie oder für andere zu arbeiten. Es trifft also hier die die ratio legis nicht zu, welche für die Schaffung des Vorrechtes des Lidlohnes maßgebend gewesen ist, wonach nämlich solche Personen, welche in Folge ihres Dienstverhältnisses von dem Arbeitsherrn abhängig und aus diesem Grunde troß der nicht rechtzeitigen Bezahlung des Lohnes bei ihm zu bleiben genöthigt sind, für ihre Ausstände im Falle eines Konkurses möglichst sicher gestellt werden sollen. *)

Endlich dürfen im Zweifelsfalle Vorrechte — wie dasjenige des § 584 litt. b. B.-B. — nicht in ausdehnendem Sinne interpretirt werden. Es erscheint mithin der vorliegende Einspruch als begründet.

## 88. Steigerungskauf.

Iseli c. schweiz. Militärdepartement.

2. Dez. 1881.

Im Auftrage des schweiz. Militärdepartements brachte der Kommandant des Remontenkurses I in Bern, Major Kühne, Dienstags den 22. Februar 1876, Vormittags 10 Uhr, bei den Militärstallungen auf dem Beundenfelde ein dem Bunde gehörendes Militärpferd, im Schatzungswerth von Fr. 800, an eine Verkaufssteigerung. Die Bedingungen lauteten u. a.: „Der Verkauf erfolgt an den Meistbietenden und zwar gegen baare Bezahlung des Kaufpreises und sofortiger (sic) Anhandnahme des Pferdes. Der Ausruf geschieht dreimal und sämmtliche Angebotsteller haften für ihre Angebote. Als besonderes Kennzeichen wird jedes Pferd, sobald es verkauft ist, am äußeren Rande des linken Ohres coupirt."

Bei der Steigerung betheiligte sich Thierarzt J. und machte ein angeblich letztes Angebot von Fr. 500, worauf nach seinen Behauptungen ihm das Thier zugeschlagen und dessen Coupirung

*) Daher gibt z. B. das Gesetz des Kantons Neuenburg im Titel „Faillite" neben dem Privileg des Lidlohns (le salaire dû aux domestiques, journaliers, ouvriers, commis et employés pour six mois) ein weiteres Vorrecht für: „le prix de la main d'œuvre faite par l'ouvrier travaillant aux pièces et par les gens de sa famille", freilich nur bis Fr. 150.

durch Major Kühne sofort angeordnet und vollzogen worden sei. Hierauf habe man sich dahin verständigt, daß er das Pferd, welches unterdessen in eine der Militärstallungen verbracht wurde, im Laufe des Tages gegen Bezahlung des Kaufpreises abholen solle. Als er dann Abends mit dem Gelde sich zur Abholung des Thieres eingestellt, habe man ihm mitgetheilt, daß Letzteres an einen Anderen, Hrn. Oberlieut. G., verkauft und ausgeliefert sei. In der That fand sich im Steigerungsverbal als Ersteigerer Hr. G. und als Kaufpreis die Summe von Fr. 800 eingetragen. Infolge dieser Vorgänge trat J. im November 1880 mit einer Klage gegen den eidg. Fiskus auf, in welcher er Schadensersatz wegen einseitigen Rücktritts der Gegenpartei von dem am 22. Februar 1876 mit ihm abgeschlossenen Pferdekaufe verlangte. Das Militärdepartement bestritt in thatsächlicher Beziehung, daß ein Zuschlag an den Kläger und eine Verständigung im angegebenen Sinn stattgefunden habe; vielmehr sei das Pferd wegen ungenügenden Angebots wieder in den Stall gestellt worden; sodann wurde die Kompetenz der bei der Steigerung thätigen Beamten zur Hingabe unter der Schatzung negirt, endlich die Existenz eines Schadens in Abrede gestellt, weil das Thier den ihm beigelegten Werth in Wirklichkeit nicht besessen habe. Der App.- u. Kass.-Hof, welcher infolge Uebergehung der ersten Instanz urtheilte, wies die Klage ab, gestützt auf folgende

## Motive:

Die Schadensersatzklage des Friedrich Iseli gegen die schweizerische Eidgenossenschaft wird damit begründet, daß dieselbe von einem am 22. Febr. 1876 mit ihm abgeschlossenen Pferdekauf einseitig zurückgetreten sei. In erster Linie ist daher die Frage zu prüfen, ob vom Kläger der Nachweis erbracht worden sei, daß der angebliche Kaufvertrag wirklich zur Perfektion gelangt ist.

Nun sagen allerdings verschiedene Zeugen aus, daß nach ihrer Ansicht das in Rede stehende Pferd dem Iseli bei der Steigerung vom 22. Februar 1876 auf sein Angebot von Fr. 500 zugeschlagen worden sei. Keiner derselben kann jedoch aus eigener Wahrnehmung bezeugen, daß der mit Abhaltung der Steigerung beauftragte Major Kühne erklärt habe, das Pferd sei dem Kläger hingegeben. Eine solche Erklärung wäre aber nothwendig gewesen, weil die Steigerung keine öffentliche war und daher die Satz. 805 C. in casu nicht zutrifft. Gegen die Behauptung, daß aus konkludenten Handlungen die Absicht des Major Kühne gefolgert werden dürfte, dem Kläger das Pferd hinzugeben, sprechen so viele Indizien, daß ein derartiger Schluß nicht statthaft ist. Abgesehen

von der immerhin zweifelhaften Frage, ob das Pferd unter dem Schatzungspreise von Fr. 800 überhaupt hingegeben werden durfte, spricht sich der Oberstlieutenant P. dahin aus, Major Kühne habe dem Iseli sehr bald nach geschehenem dritten Rufe erklärt, um Fr. 500 erhalte er das Pferd nicht. Sodann erscheint im Steigerungsverbal blos Oberlieutenant G. als Käufer, welcher Umstand auch dafür spricht, daß der Vertrag mit Iseli nicht perfekt geworden ist. Auch das Verhalten des Käufers läßt darauf schließen, daß er selbst nicht annahm, es sei ein definitiver Kauf zu Stande gekommen. Während nämlich nach Art. 2 der Steigerungsbedingungen der Pferdekauf Zug um Zug erfolgen sollte, und es nach der Aussage des Zeugen B. Lärm gab, weil man Iseli das Pferd nicht hingeben wollte, verfügte sich der Letztere erst gegen Abend des Steigerungstages nach dem Beundenfeld, um den Kaufpreis zu bezahlen und das Pferd an die Hand zu nehmen. Bedenken erregen könnte lediglich der Umstand, daß das fragliche Thier coupirt worden ist. Es ist indessen nicht genügend hergestellt, ob das Coupiren vor dem Verkauf des Pferdes an G. und im Auftrage des Major Kühne zu dem Zwecke erfolgte, um es als nunmehriges Eigenthum des Klägers zu kennzeichnen. Zieht man endlich noch in Betracht, daß kein einziger Zeuge den Grund angeben kann, warum er annahm, das Pferd sei dem Iseli zugeschlagen, so muß man zu der Ueberzeugung gelangen, es haben Verabredungen bezüglich des Verkaufes des fraglichen Pferdes an den Käufer stattgefunden, ohne daß es aber zu einem perfekten Vertrage zwischen ihm und dem Major Kühne gekommen wäre. Der klägerischerseits behauptete Kaufvertrag kam eben nicht zu Stande und es verblieb bei bloßen Punktationen, weil die Einwilligung des einen der vertragschließenden Theile — des Major Kühne — nicht erfolgte (Satz. 678 C.). — Kann nun von einer Perfektion des angeblichen Vertrages keine Rede sein, so fällt selbstverständlich der Schadensersatzanspruch des Klägers wegen Nichterfüllung dieses Vertrages von selbst dahin.*)

---

*) NB. Die Rechtsfrage, ob der Versteigerer nicht aus den Steigerungsbedingungen behaftet werden konnte, wie nach der Theorie heute ziemlich allgemein angenommen wird, ist nicht erörtert. Vgl. Stobbe D. P. R. III S. 93: „Der Zuschlag hat nicht die Bedeutung des Consenses von Seiten des Versteigerers; er ist auch überflüssig, da der Vertrag dadurch definitiv zu Stande gekommen ist, daß kein weiteres Gebot erfolgte." Vgl. auch Windscheid, Pand., § 309, Note 11, (a. A. Ihering, Jahrbb. f. Dogm. Bd. VII, S. 176 ff.

## 89. Erlöschen der Dienstbarkeit durch Untergang der dienenden Sache.*)

Bart c. Wittwe Bart.

9. Dec. 1881.

Die Streitfragen, welche der App.- u. Kass.-Hof unter obigem Datum, gestützt auf nachstehende Erwägungen, in verneinendem Sinne beurtheilte, lauteten:

1. Ist die Beklagte (Bruderswittwe des Klägers) zu verurtheilen, dem Kl. einen Theil der bezogenen Brandassekuranzentschädigung für das am 5. Febr. 1877 eingeäscherte Gebäude zu B., berechnet nach den bisherigen Antheilsverhältnissen, sammt Zinsen herauszugeben? Eventuell:

2. Ist die Beklagte zu verurtheilen, dem Kläger den Nießbrauch an der entsprechenden Theilsumme dieser Schadenvergütung einzuräumen und ihm für den aus der bisherigen Weigerung entstandenen Nachtheil Entschädigung zu leisten?

Der Thatbestand war kurz folgender: Im Jahre 1865 vertheilte Joh. Bart zu B. sein liegenschaftliches Vermögen unter seine 3 Söhne. Dazu gehörte unter anderm ein halbes Haus mit Bescheurung sind Stallung, dessen andere Hälfte bereits dem ältesten Sohn Johann gehörte. Die abgetretene Hälfte fiel dem jüngsten Sohne Christian zu, und die beiden Miteigenthümer räumten nun dem dritten Bruder Bendicht folgende Rechte ein: „Das Wohnungsrecht im Hause, sowie das Recht, daselbst seine Landeserzeugnisse (er hatte Grundstücke im Werthe von Fr. 5600 übernommen) einlegen und die Küche nebst dem Keller nach Bedürfniß gebrauchen zu können;“ ferner den nöthigen Platz in den Stallungen. Im Jahr 1877 brannte nun das Wohnhaus ab. Die Eigenthümer bezogen Fr. 5500 als Brandversicherungssumme; dann verkaufte Christian dem Johann seinen Antheil am Hausplatz, auf welchem der letztere ein neues Wohnhaus aufführte. An Stelle des Christian trat später dessen Wittwe als Erbin. Gegen diese klagte Bendicht Bart die den obigen Streitfragen entsprechenden Ansprüche ein, nachdem der Bruder Johann sie angeblich anerkannt hatte.

### Erwägungsgründe:

Die zu beurtheilende Hauptfrage ist diejenige, ob der Kläger Bendicht Bart berechtigt sei, an Stelle des Dienstbarkeitsrechtes,

*) Vergl. hiezu das Urtheil des aarg. Ob.-Ger. über die nämliche Frage hienach.

welches ihm an dem Wohnhause seiner Brüder in Bußwyl durch den Abtretungs- und Theilungsvertrag vom 16. und 21. Juni 1865 eingeräumt worden war, und welches in Folge der am 5. Februar 1877 erfolgten Einäscherung des Gebäudes dahingefallen ist, einen Theil der Assekuranzsumme als Entschädigung zu verlangen, eventuell ob ihm das Nutznießungsrecht an einer Quote dieser Summe zuerkannt werden solle. Was die Natur des dem Kläger an dem abgebrannten Wohnhause zugestandenen Rechts betrifft, so kann von einem Nutzeigenthum keine Rede sein, sondern nur davon, ob durch den angeführten Abtretungs- und Theilungsvertrag zu Gunsten des Bendicht Bart eine Real- oder bloß eine Personalservitut begründet worden ist. Abgesehen nun davon, daß die Frage nach der Natur der Dienstbarkeit eigentlich eine müßige ist, weil es sich hier um das Erlöschen einer solchen handelt und in dieser Beziehung beim Untergang der dienenden Sache für beide Arten von Dienstbarkeiten die gleichen Grundsätze gelten (Satz. 473 und 477 C.), so kann nicht angenommen werden, daß in casu eine Realservitut vorliege, weil es an der Wechselbeziehung zwischen zwei Grundstücken, einem herrschenden und einem dienenden, mangelt. Bloß dem Bendicht Bart persönlich wurde das Recht zugestanden, in dem fraglichen Hause seine Produkte einzulegen, ohne daß ein allfälliger Nachbesitzer seiner landwirthschaftlichen Grundstücke das nämliche Recht hätte beanspruchen dürfen. Seine Berechtigung läßt sich daher qualifiziren, sei es als irreguläre Personalservitut (Satz. 459 C.) oder als Gebrauchsrecht (Satz. 467 C.).

Was nun den zu entscheidenden Streitpunkt anlangt, so wäre das erste Rechtsbegehren des Klägers — gerichtet auf Herausgabe einer Quote der Assekuranzsumme als Aequivalent für die dahingefallene Servitut — selbst nach den Bestimmungen der von ihm angerufenen fremden Rechte (Soloth. Gesetzbuch, Art. 808, Zürcher Gesetz, Art. 747) nicht begründet, und es ist daher nur zu untersuchen, ob der Kläger befugt sei — wie er dieß in seinem zweiten Rechtsbegehren thut — den Nießbrauch an einer Quote der fraglichen Summe zu beanspruchen.

Bendicht Bart geht von der Anschauung aus, daß ein dingliches Recht an fremder Sache nicht auf diese letztere beschränkt sei, sondern sich auch auf derren Surrogat erstrecke. Um den Beweis zu führen, daß diese Norm speziell im bernischen Rechte Geltung habe, beruft sich der Kläger auf die in Satz. 462 C. enthaltene Bestimmung betreffend den Nießbrauch an Capitalien, auf das Gesetz über die Brandversicherungsanstalt vom 21. März 1834, sowie auf die Expropriationsgesetze vom 1. Mai 1850 und

vom 3. September 1868. Eine Prüfung dieser verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen führt indeß nicht zu dem vom Kläger gewünschten Resultate. Was zunächst die Satz. 462 C. betrifft, so enthält dieselbe bezüglich der Nutznießung an angelegten Kapitalien eine ausnahmsweise Bestimmung. Während nämlich nach gemeinem Rechte Capitalien als verbrauchbare Sachen gelten, an denen nur ein quasi usus fructus möglich ist, werden sie im bernischen Rechte als nicht verbrauchbare Sachen angesehen und demgemäß bestimmt, daß der Nutznießer im Falle der Ablösung von solchen nur das Recht habe, eine neue ordentliche Anlegung oder Versicherung der Verzinsung zu verlangen. Die Satz. 462 C. hat daher bloß den Zweck, diese Ausnahmsbestimmung bezüglich des Nießbrauchs an angelegten Capitalien zu fixiren und darf mithin nicht herbeigezogen werden, um den Nachweis zu erbringen, daß der bernische Gesetzgeber die dinglichen Rechte an fremder Sache auch nach dem Untergange der letzteren an ihrem wirthschaftlichen Surrogat habe fortdauern lassen wollen. Im Gesetze über die Brandversicherungsanstalt sodann ist blos von der Entschädigung der Unterpfandsgläubiger im Falle eines Brandes die Rede. Es ist denn auch logisch ganz richtig, wenn beim Pfandrecht, dessen Inhalt auf den Werth der Sache geht, ein Werth an die Stelle des andern — die Assekuranzsumme an Platz des abgebrannten Gebäudes — tritt. In Betreff der Dienstbarkeiten trifft dagegen diese ratio legis nicht zu, weil dieselben regelmäßiger Weise auf die Nutzung oder den Gebrauch der dienenden Sache in natura gerichtet sind, und es wäre daher unzulässig, aus den im angeführten Gesetze rücksichtlich des Pfandrechts enthaltenen Bestimmungen einen Schluß auf das Fortdauern der Dienstbarkeiten am Surrogate der untergegangenen Sache ziehen zu wollen. Die beiden Expropriationsgesetze endlich enthalten allerdings Bestimmungen bezüglich der Entschädigung von Servitutberechtigten. Dort handelt es sich aber nicht um einen zufälligen Untergang der Sache und es erscheint als ganz angemessen, daß der Staat, wenn er Kraft seines Hoheitsrechtes unbewegliches Eigenthum zwangsweise an sich zieht, dann auch auf dem Wege der Gesetzgebung dafür sorgt, daß alle Betheiligten, selbst diejenigen, welche blos ein persönliches Recht auf die Benutzung der Sache haben, für die Beeinträchtigung ihrer Rechte entschädigt werden. Anders gestaltet sich hingegen die Frage, wenn es sich darum handelt, zu untersuchen, wer die Folgen eines zufälligen Unterganges der dienenden Sache zu tragen habe. In dieser Beziehung geben uns die erwähnten Spezialbestimmungen keinen Aufschluß, und wir müssen uns daher an die Dispositionen unseres Civilgesetzbuches betreffend das Erlöschen von

Dienstbarkeiten halten. Allgemeine Rechtsgrundsätze dürfen nicht zür Anwtndung kommen, weil unser Gesetz klar und bestimmt sich ausdrückt und keine Lücke nach dieser Richtung hin enthält. Nach Satz. 473 und 477 C. erlischt nun jede Dienstbarkeit, durch die Unmöglichkeit sie auszuüben, also namentlich durch den Untergang der dienenden Sache. Der Kläger Bendicht Bart kann daher nicht verlangen, daß ihm der Nießbrauch an einer Quote der Assekuranzsumme für das abgebrannte Gebäude als Aequivalent für die ihm zugestandene Servitut an diesem Gebäude eingeräumt werde. Mithin ist seine Klage nicht begründet.

## Jahrgang 1882.

**1. Schenkung an einen Notherben, vollzogen dürch Uebergabe eines Sparheftes mit Quittung. — Anfechtung derselben auf Grund der Simulation durch die Miterben des Beschenkten.**

Mar. Trösch und Mith. c. Karol. Gräub.

19. Januar 1882.

(Vgl. S. 7 ff. des 1. Heftes dieses Jahrgangs.)

Der Thatbestand ergibt sich aus dem an obenerwähnter Stelle abgedruckten früheren Urtheil; nur ist dort zu berichtigen, daß Frau Gräub geb. Lehmann sich dem gegen sie gerichteten Rechtsbegehren auf Herausgabe der Fr. 12,000 nicht unterzogen hatte, wie in jenem Urtheil gesagt war; der bezügliche Rechtsstreit über die Summe von Fr. 12,000 wurde vielmehr selbständig fortgesetzt und dem App.- und Kass.-Hof direkt zur Beurtheilung vorgelegt. Die Klage wurde aus den nämlichen Gründen wie die früher beurtheilte zugesprochen, nur sind dieselben noch bestimmter gefaßt. Sie lauten:

Erwägungsgründe:

Maßgebend für den Entscheid in der vorliegenden Streitsache ist vor Allem die Prüfung des Beweisresultates rücksichtlich der

Frage, ob eine Schenkung der bestrittenen Fr. 12,000 an die Beklagte Seitens ihres Vaters äußerlich durch Uebergabe von Hand zu Hand vollzogen worden ist (Satz. 721 C.). Im weitern wird sodann zu untersuchen sein, ob eine wirkliche Schenkung beabsichtigt war oder ob bloß ein Scheingeschäft vorliegt, welches in die Form einer Schenkung eingekleidet wurde (S. 703 C.).

Was den ersten Punkt betrifft, so darf nach dem Ergebniß der Beweisführung angenommen werden, daß die formellen Voraussetzungen einer Schenkung von Hand zu Hand in casu vorhanden sind. Es ist nämlich festgestellt, daß die Beklagte Karoline Gräub am 7. April 1879 im Auftrage ihres Vaters von dem Guthaben des Letztern auf der Leihkasse Langenthal Fr. 12,000 gegen Quittung erhob und daß sie sich dafür — angeblich ebenfalls im Auftrage ihres Vaters — einen Kassaschein im angegebenen Betrage ausstellen ließ.*) Sache der Kläger ist es nun nachzuweisen, daß Vater Lehmann nicht die Absicht hatte der Beklagten Fr. 12,000 von seinem Guthaben zu schenken, daß demnach eine reelle Schenkung nicht stattgefunden habe, sondern Simulation anzunehmen sei.

In dieser Beziehung fällt zunächst in Betracht, daß gar kein Motiv zu einer derartigen bedeutenden Schenkung angegeben wird. Gegentheils ergibt es sich schon aus dem Testament des Vaters Lehmann vom Jahr 1873, sowie aus verschiedenen Zeugenaussagen, daß Vater Lehmann keines seiner Kinder vor den andern begünstigen, vielmehr einem jeden Kinde den gleichen Antheil an seiner dereinstigen Verlassenschaft einräumen wollte (vgl. das Urtheil vom 29. April 1881 in Sachen Joh. Wiedmer c. Joh. Christen und Mith.). Besonders wichtig und ausschlaggebend nach dieser Richtung hin sind die Depositionen der Magd Elise Jakob, welche während 21 Jahren bei Vater Lehmann diente, und der Brief der Beklagten an ihren Schwager Christen in Solothurn vom 9. April 1879, in welchem sie dem Letztern unmittelbar nach den Vorgängen vom 7. April 1879 versichert, daß der Vater keines der Kinder bevorzugen wollte, und daß sie seinen Weisungen getreulich nachleben werde, weßhalb er kein Mißtrauen zu haben

*) Daß die Schenkung einer Forderung als vollzogen zu betrachten sei, wenn dem Beschenkten der Forderungstitel mit einer Cession oder Vollmacht zum Einzug übergeben ist, wurde auch schon erkannt durch Urtheil des App.- und Kass.-Hofes vom 23. Mai 1876 i. S. Ungricht c. Lehmann. Ein bloßes Schenkungsversprechen liegt dagegen vor, wenn der Schenker eine Schuldverpflichtung auf sich selbst ausstellt und übergibt. Im erstern Fall ist daher eine perfekte Schenkung vorhanden, im letztern nicht (Satz. 728 C.).



brauche. War demnach Seitens des Vaters Lehmann offenbar keine Schenkung beabsichtigt, so haben wir es mit einem simulirten Rechtsgeschäfte zu thun. Der Zweck dieser Simulation ergibt sich aus dem Resultate der Beweisführung in dem unterm 29. April 1881 vom hierseitigen Gerichtshofe beurtheilten Prozesse zwischen den heutigen Klägern und Johann Wiedmer. Christian Lehmann wollte nämlich seine Vermögensverhältnisse vor dem Publikum und namentlich vor den Geltstagsgläubigern seines Sohnes Christian möglichst geheim gehalten wissen und dieß ließ sich am leichtesten in der Weise bewerkstelligen, daß er der Beklagten, sowie seinem Tochtermanne Wiedmer, einen großen Theil des Vermögens zuwendete mit dem Auftrage nach seinem Tode die Vertheilung unter die übrigen Kinder vorzunehmen.*) Eine *wirkliche* Schenkung war also nicht gewollt und das Rechtsbegehren der Kläger ist daher begründet.

**2. Die einmal eingetretene Gütertrennung zwischen Ehegatten wird durch spätere Aufhebung des Geltstags über den Ehemann nicht beseitigt. — Geldsummen, welche die Ehefrau dem vergeltstagten Ehemann anvertraut, sind einem gewöhnlichen Darlehn gleichzuachten. — Eine sog. Weibergutsherausgabe ist daher in solchem Falle ungültig, und kann nicht als Kauf aufrechterhalten werden.**

Elis. Zumstein (Bekl.) c. Geltstagsmasse Zumstein (Kl.)

20. Jan. 1882.

Ztschr. XI 225, XVI 58.

Erwägungsgründe:

In Folge der Geltstagserkennung gegen Niklaus Zumstein vom 20. August 1862 wurden die Eheleute Zumstein güterrechtlich getrennt. Diese Gütertrennung blieb nun fortwährend bestehen, ohne daß durch den Umstand, daß der Geltstag des Zumstein

---

*) Dieser Satz bestätigt unsere Auffassung des vorliegenden Verhältnisses (vgl. S. 11 hievor: Zuwendung mit Auflage ist eben = donatio sub modo. Der vergeltstagte Sohn sollte ausgeschlossen sein; das war der rechtlich erlaubte Wille des Schenkers, der unerfüllt geblieben ist. (Red.)

unterm 31. August 1870 aufgehoben wurde, eine Modifikation derselben bewirkt worden wäre (**Satz. 106 C.** und Art. 8 litt. c des Gesetzes vom 25. April 1854).

Unter diesen Umständen konnte daher die Ehefrau Zumstein dem Geltstager seit dem 20. August 1862 kein Vermögen in die Ehe einkehren, und es steht ihr mithin gegenüber ihrem Ehemanne keinerlei Forderungsrecht aus zugebrachtem Gute zu. Der Weibergutsempfangschein vom 9. Oktober 1879, sowie der darauf begründete Herausgabeakt vom 24. Oktober 1879, sind mithin vor dem Gesetze ohne rechtlichen Bestand, weil in casu gar kein Weibergut in Frage kommt, sondern die Impetratin lediglich ein gewöhnliches Forderungsrecht — aus einem Darlehnsgeschäfte — gegen den güterrechtlich von ihr getrennten Ehemann geltend machen könnte, wenn sie ihm wirklich Vermögen zugewendet haben sollte.

In zweiter Linie wird gegenüber dem Vindikationsbegehren der klägerischen Geltstagsmasse unter Berufung auf Satz. 703 C. geltend gemacht, das zwischen den Eheleuten Zumstein abgeschlossene Rechtsgeschäft sei, wenn nicht als ein Weibergutsherausgabeakt, doch immerhin als ein gültiger Kaufvertrag zu betrachten und als solcher aufrecht zu erhalten. Dieser Einwand ist schon deßhalb nicht stichhaltig, weil die Behauptung der Simulation durch die Prozeßakten widerlegt wird. Aus denselben geht deutlich hervor, daß die Kontrahenten wirklich der Ansicht waren, es handle sich hier um in die Ehe gekehrtes Frauengut, und daß ihre Absicht wirklich die war, die bevorrechtete Hälfte desselben durch die Herausgabe von Effekten sicher zu stellen. Gesetzt aber auch, es läge hier ein in die Form eines Weibergutsherausgabeaktes eingekleideter Kaufvertrag vor, so könnte die beklagte Partei aus einer solchen Simulation gleichwohl keine Rechte für sich herleiten. Denn ein am 24. Oktober 1879, d. h. unmittelbar vor Ausbruch des Geltstages, abgeschlossener Kaufvertrag wäre offenbar in fraudem creditorum erfolgt, und die Form eines Weibergutsherausgabeaktes von den Kontrahenten nur deßhalb gewählt worden, um durch Verdeckung der wahren Natur des Geschäftes einer Actio Pauliana Seitens der Geltstagsmasse vorzubeugen. Nun widerspräche es aber den Grundsätzen des Rechtes und der Aufgabe der Gerichte, einer solchen betrügerischen Machination den Rechtsschutz angedeihen zu lassen.

**8. Verzicht eines Grundpfandgläubigers auf das Pfandrecht kann gültig noch während der Eingabefrist im Geltstag des Pfandschuldners erklärt und Anweisung in Klasse V verlangt werden. — Anwendbarkeit der Satz. 488 C.**

Hofer u. Mosmann c. Hurni u. Dürig.

20. Jan. 1882.

Schreinermeister Ulrich Schwarz in Bern schuldete laut Pfandobligation ein Kapital von Fr. 15,000, für welches ein Wohnhaus in der Länggasse verhaftet war. Die Forderung genoß überdies das Vorrecht einer „Obligation" und war durch J. Hurni und F. Dürig verbürgt. Nach dem Tode des Hauptschuldners übernahmen Letztere die Forderung und machten sie in dem über den Nachlaß des Schwarz eröffneten gerichtlichen Vereinigungsverfahren geltend, wobei sie erklärten, „daß sie von der Wahl, welche die Satz. 488 C. dem Gläubiger einräume, in der Weise Gebrauch machen, daß sie auf das ihnen zustehende Pfandrecht... definitiv verzichten und dagegen verlangen, daß sie für ihre Forderung im Generalitätsrange Klasse V nach dem Datum vom 26. September 1877 auf dasjenige liquide Vermögen der Masse Schwarz, welches am ehesten geeignet sei, ihnen vollständige Deckung zu gewähren, Anweisung erhalten." Die Amtsgerichtsschreiberei berücksichtigte dieses Begehren nicht und wies die Gläubiger Hurni und Dürig theilweise in Kl. III auf den Schatzungswerth der verpfändeten Liegenschaft an. Hiegegen erhoben dieselben Einspruch, dem sich einige in Kl. V angewiesene Gläubiger widersetzten. Das Urtheil fiel schon in erster Instanz zu Gunsten der Kläger aus und wurde oberinstanzlich bestätigt aus folgenden

Gründen:

Streitig ist blos noch die Frage, ob die Einspruchskläger Dürig u. Hurni berechtigt seien, in der gerichtlichen Vereinigung über den Nachlaß des Ulrich Schwarz für ihre Ansprache von Fr. 16,493 und Folgen vollständige Anweisung in Klasse V statt einer Anweisung zur Hälfte in Klasse III a zu verlangen und ob demgemäß der Klassifikations- und Vertheilungsentwurf in diesem Sinne abzuändern sei. Die Kläger haben nämlich in ihrer Eingabe ausdrücklich erklärt, daß sie, gestützt auf Satz. 488 C., auf das ihnen laut Pfandobligation vom 26. September 1877 mit zu-

dienender Cession zustehende Pfandrecht verzichten, dagegen für ihre ganze Forderung Anweisung im Generalitätsrange der Klasse V auf liquides Massavermögen verlangen. Es wird daher zu prüfen sein, ob ein solcher Verzicht auf das Pfandrecht als zuläßig und den übrigen Gläubigern gegenüber als verbindlich betrachtet werden dürfe. Die Einspruchsbeklagten berufen sich zunächst auf ein Urtheil des hierseitigen Gerichtshofes vom 16. November 1876 in Sachen der Eidgen. Bank in Bern ca. Wyttenbach und Mith., welches sie als Präjudiz betrachten.*) Der Thatbestand war jedoch in jenem Falle insofern von dem jetzigen verschieden, als die Eidgen. Bank im v. Erlach'schen Geltstage ausdrücklich Anweisung in Klasse III verlangt und ausschließlich ihr Recht auf das Grundpfand geltend gemacht hatte und erst nachträglich noch ein Wahlrecht aus Satz. 488 C. in Anspruch nehmen wollte, während Dürig und Hurni schon in ihrer Eingabe Anweisung in Kasse V statt in Klasse III a verlangt haben. Die Frage nach der Zuläßigkeit eines Verzichtes auf das Pfandrecht im Konkurse, bezw. in der gerichtlichen Vereinigung, ist daher durch das erwähnte Urtheil nicht erledigt worden und mithin noch eine offene.

Vorerst ist es unbestreitbar, daß derjenige, dem ein veräußerliches Recht zusteht, auf dasselbe willkürlich zu verzichten befugt ist (Satz. 1021 C.). Es gilt dieß namentlich auch rücksichtlich des Pfandrechtes (**Satz. 496,** Ziff. 1 C.).

Nun entsteht die Frage, ob ein solcher Verzicht auch nach Eintritt des Liquidationsverfahrens noch gültig erklärt werden könne. Die meisten konkursrechtlichen Bestimmungen sind öffentlich-rechtlicher Natur, und es ist daher zu untersuchen, ob ein Verzicht auf das Pfandrecht, bezw. das Begehren eines Gläubigers aus einer vorgehenden Klasse in eine nachgehende — wie hier aus der Klasse der Pfandgläubiger in diejenige der Obligationsgläubiger — versetzt zu werden, mit solchen zwingenden Vorschriften im Widerstreite steht. Unzweifelhaft ist es, daß der Forderung der Einspruchskläger Obligationsrecht zukommt. Man wird sich nun vergeblich nach einer gesetzlichen Bestimmung umsehen, welche das Wahlrecht der Satzung 488 C. im Falle eines Konkurses bezw. einer gerichtlichen Vereinigung ausschließt. Wenn im **§ 581 V.-V.** gesagt ist, die Pfandgläubiger seien in erster Linie auf ihre Pfänder anzuweisen, so ist nicht abzusehen, inwiefern es dadurch dem Pfandgläubiger verwehrt sein sollte, bis zum Auslauf der Eingabefrist auf sein Pfandrecht zu verzichten. Es ist daher kein Grund vorhanden, einem Pfandgläubiger das Wahlrecht nach

*) Z.-Sch. Bd. 13, S. 88.

Satz. 488 C. — welches freilich regelmäßig außer dem Konkurse ausgeübt werden wird — während der Dauer der Eingabefrist abzusprechen und einen allfälligen Verzicht auf sein Pfandrecht als unzulässig zu erklären.

Die Einspruchsbeklagten machen nun geltend, angenommen auch, ein solcher Verzicht sei im Falle einer Liquidation nicht ausgeschlossen, so sei der von den Einspruchsklägern bei Gelegenheit ihrer Eingabe ausgesprochene Verzicht auf ihr Pfandrecht für sie — die Einspruchsbeklagten — deßhalb unverbindlich, weil derselbe nicht in die öffentlichen Bücher eingetragen worden und daher dritten Personen gegenüber die Wirkung der Erlöschung des Pfandrechtes nach Satz. 497 C. nicht eingetreten sei. Nach der genannten Satzung tritt indeß die Erlöschung zwischen Gläubiger und Pfandschuldner — resp. der Liquidationsmasse als dessen Rechtsnachfolgerin — sofort mit der Entstehung des Erlöschungsgrundes ein. Zwar sollen durch eine Privaterklärung gutgläubige Dritte in ihren Rechten nicht benachtheiligt werden, und die Erlöschung des Pfandrechtes ist daher ihnen gegenüber erst wirksam, nachdem solche in die öffentlichen Bücher eingetragen worden. Diese Bestimmung können aber die Einspruchsbeklagten nicht zu ihren Gunsten anrufen, weil dieselbe nur den Zweck hat, die Interessen berechtigter Dritter zu schützen, während ihnen — den Beklagten — keinerlei Rechte an der Pfandobligation vom 26. Sept. 1877 zustehen. Die Verzichtserklärung von Dürig und Hurni erscheint somit ihnen gegenüber als gültig und verbindlich.

## 4. Lieferungsvertrag. — Einrede der nicht gehörigen (nicht rechtzeitigen) Erfüllung.

Zöth u. Söhne c. Wyler.

26. Jan. 1882.

Erwägungsgründe:

Die Vorklage von Zöth u. Söhne ist an und für sich nicht bestritten und ist daher über dieselbe nicht zu urtheilen. Dagegen hat der Beklagte Kilian Wyler eine Widerklage auf Schadensersatz wegen nicht rechtzeitiger Lieferung der bestellten Waaren angebracht, deren Begründung die Kläger grundsätzlich verneinen und auf deren Abweisung sie antragen.

Aus der Kommissionsnote vom 12. Juli 1878 in Verbindung mit dem Briefcopirbuch des Beklagten — welches an Stelle des verloren gegangenen Bestellungsbriefes vom 5. Juli 1878 als Beweismittel produzirt wurde und durchaus unverdächtig ist — sowie dem Antwortschreiben der Kläger vom 16. Juli 1878 geht hervor, daß der Beklagte bei den Klägern 160 Stück Flanellen zu vereinbarten Preisen durch Vermittlung ihres Agenten Brendel bestellte und daß die Lieferungszeit auf Mitte September festgesetzt wurde. Zugegeben wird auch Seitens der Kläger, daß am 21. Oktober 1878 noch 70 Stücke im Werthe von ca. 2914 Mark ungeliefert waren. Es darf nun die Frage ganz unerörtert bleiben, ob wir es hier mit einem sog. Fixgeschäft zu thun haben und ob in Folge dessen Wyler berechtigt war, wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung des Vertrages von demselben einseitig zurückzutreten (Satz. 705 C.) und zwar aus dem Grunde, weil gegenwärtig keine Partei auf vollständiger Vertragserfüllung beharrt, sondern unter ihnen bloß noch darüber Streit waltet, ob der Beklagte verpflichtet sei, den Klägern ihre restanzliche Forderung für die gelieferten Waaren zu bezahlen, oder ob er befugt sein solle, dieselbe mit seiner Entschädigungsforderung ganz oder wenigstens theilweise zu verrechnen. Nun hat laut Satz. 808 C. — welche sich auf alle Kaufgeschäfte ohne Ausnahme bezieht — der Verkäufer die Verpflichtung, dem Käufer den Kaufsgegenstand zur der im Vertrage bestimmten Zeit zu übergeben und nach Satz. 810 C. zieht die Nichterfüllung dieser, sowie jeder andern vertragsmäßigen Verpflichtung die Pflicht zum Schadensersatze nach sich. In casu ist daher — weil die Lieferung auf Mitte September 1878 erfolgen sollte, während am 21. Oktober 1878 noch ein großer Theil derselben ausstand — das Entschädigungsbegehren des Beklagten Kilian Wyler prinzipiell begründet, und es wird nur noch zu prüfen sein, in welchem Betrage dasselbe anerkannt werden soll. Maßgebend für die Bestimmung der Höhe des entstandenen Schadens ist für das Gericht das Befinden der Oberexperten und zwar muß, da die Schatzungsbeträge nicht übereinstimmen, die Durchschnittssumme als die richtige angenommen werden. Zwei der Experten beziffern nämlich den Schaden auf Fr. 450, während der dritte Experte ihn bloß auf Fr. 400 taxirt. Dem Beklagten und Widerkläger Wyler ist sonach eine Entschädigung von Fr. 433 zuzusprechen und dieser Betrag mit der anerkannten Forderung der Vorkläger von Fr. 700 zu verrechnen, so daß ihnen Wyler einen Saldo von Fr. 267 heraus schuldig bleibt.

**5. Bürgschaftsvertrag, eingegangen unter der Voraussetzung konkurrirender Realsicherheit, ist unverbindlich, wenn diese Voraussetzung nicht eintritt. — Steigerungsprotokoll; dessen rechtliche Bedeutung gegenüber den auf dessen Grundlage ausgefertigten Notariatsurkunden. — Fristliche Einrede gegen eine Forderungsklage gestützt auf die Unmöglichkeit, eine Abschrift des verlornen Forderungstitels auszufertigen, ist nicht begründet.**

Gabi c. Schürch u. Mith.

26. Jan. 1882.

Vgl. Ztschr. XVI 102, XV 41, IX 247, VI 33 ff., 103 ff.; ferner S. 330 hievor.

Johann und Joseph Schürch hatten sich für J. U. Gabi als Ersteigerer einiger Grundstücke gegenüber den Verkäufern für den Fr. 1120 betragenden Kaufpreis verbürgt. Die Kaufpreisforderung ging später auf Jakob Gabi über. Der Hauptschuldner fiel in Geltstag. Hier wurde der Gläubiger in Kl. V zur Geduld gewiesen, worauf er die obgenannten Bürgen belangte unter dem Anerbieten, die verloren gegangene Schuldurkunde auf eigene Kosten amortisiren zu lassen und für die geleistete Zahlung bis nach erfolgter Amortisation Sicherheit zu bestellen. Die Beklagten beriefen sich darauf, daß in dem Steigerungsprotokoll, über welches sie angelobt hatten, die Versteigerer sich ein Pfandrecht auf die zur Steigerung gebrachten Liegenschaften vorbehalten hätten, daß dann bei Ausfertigung der sog. Steigerungskaufbeile Seitens des Notars die bezügliche Pfandrechtsklausel weggelassen worden, der zur Fertigung und Einschreibung im Grundbuch gebrachte Vertrag daher eine Hypothek nicht begründet habe Diesem Mangel sei der Verlust im Geltstage des Hauptschuldners zuzuschreiben. Ferner habe der Gläubiger ihnen eine Abschrift des Originalforderungstitels auf ihr Verlangen nicht vorgelegt, weßhalb die Forderung noch gar nicht bestritten, resp. einklagbar sei. — Die fristliche Einrede und die Klage selbst wurden abgewiesen, und das Urtheil oberinstanzlich bestätigt.

### Erwägungsgründe:

#### a) Betreffend die fristliche Einrede.

Aus den Anbringen der beklagten Partei geht nicht deutlich hervor, womit sie ihre fristliche Einrede gegen das Klagsbegehren des Jakob Gabi begründet wissen will. Es sind indeß nur zwei Einwendungen geltend gemacht worden, welche allfällig zur Fundamentirung einer dilatorischen Einrede verwerthet werden könnten. Die Beklagten berufen sich nämlich vor Allem darauf, daß sie eine Abschrift des klägerischen Forderungstitels nach § 429 B.-B. verlangt hätten und daß somit, da noch kein Widerspruch erfolgt sei, einstweilen noch gar keine bestrittene und einklagbare Forderung existire. Nun hat aber der Kläger den Beklagten rechtlich notifizirt, daß der Forderungstitel verloren gegangen sei und daß in Folge dessen ihrem Begehren nicht entsprochen werden könne. In casu darf daher dieser Einwand nicht dilatorisch angebracht werden, weil man sonst die Einklagbarkeit der Forderung des Jakob Gabi von der Existenz der darüber errichteten Urkunde abhängig machen würde, was nicht zulässig ist. Ebensowenig ist der weitere von den Beklagten hervorgehobene Umstand, daß der Kläger ihnen den verloren gegangenen Forderungstitel und die Sicherheiten nicht herauszugeben im Stande sei, zur Begründung einer dilatorischen Einrede geeignet, sondern die Unmöglichkeit für den Gläubiger, die in Satz. 923 C. normirten Verbindlichkeiten gegenüber dem Bürgen zu erfüllen, berechtigt den Letztern bloß, einläßlich auf Abweisung der Klage zu schließen oder eine Widerklage anzubringen.

#### b) Betreffend die Hauptsache:

Der Kläger Jakob Gabi verlangt von den Beklagten Joseph Schürch und Erbschaft des Joh. Schürch sel. als Bürgen des Joh. Ulrich Gabi, gestützt auf die Steigerungskaufbeile vom 11. April 1867, mit Abtretung vom 3. November 1868 und Schuldanerkennung vom 21. März 1869 einen Kapitalbetrag von Fr. 494. 25 sammt Zins und Folgen, wofür er im Geltstage des Hauptschuldners in Klasse V zur Geduld gewiesen wurde. Die Bürgen machen dagegen geltend, laut dem Steigerungsprotokoll vom 11. April 1867 hätten sie sich allerdings für die von J. U. Gabi geschuldete Steigerungskaufsumme von Fr. 1120 sammt Zins und Folgen verpflichtet, aber für diese Forderung sei ausdrücklich das Pfandrecht auf die versteigerten Liegenschaften vorbehalten worden. In der Steigerungskaufbeile, welche im Grundbuch von Niederbipp Nr. 24 Fol. 481 eingeschrieben sei und worauf der Kläger seinen

Anspruch gründe, sei dagegen dieser Pfandrechtsvorbehalt nicht enthalten und aus diesem Grunde das Pfandrecht nicht erworben worden. Der Gläubiger habe daher durch seine Schuld, indem er nicht für die Erwerbung des vorbehaltenen Pfandrechtes sorgte, sich in die Unmöglichkeit versetzt, den zahlenden Bürgen diese Sicherheit abtreten zu können, und sie stehen somit in keiner Bürgschaftsverpflichtung mehr, weil sie sich nur unter der Voraussetzung als Bürgen gestellt hätten, daß das vorbehaltene Pfandrecht auch wirklich zur Existenz gelange.

Was zunächst das thatsächliche Verhältniß betrifft, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Grundbuchauszug unvollständig (?) ist und daß in der Ausfertigung der Steigerungskaufbeile der Passus betreffend Pfandrechtsvorbehalt, irrthümlicherweise weggelassen worden ist, denn die Behauptung des Klägers, als sei die Nichtübereinstimmung des Steigerungsprotokolls und der Steigerungskaufbeile nicht nachgewiesen, entbehrt der Begründung. Einerseits handelt es sich nämlich hier nicht um die Anfechtung des Inhalts einer öffentlichen Urkunde, so daß der Einwand dahin fällt, diese Urkunde hätte zuerst auf dem Wege des Strafprozesses gefälscht werden müssen, auch abgesehen davon, daß die Praxis den Gegenbeweis gegen eine öffentliche Urkunde unbedenklich zuläßt. Anderseits ist es nicht denkbar und dürfte auch kaum ernstlich behauptet werden, daß nach Abfassung und Beglobung des Steigerungsprotokolls vom stipulirenden Notar ein neues Konzept Steigerungskaufbeile verfaßt und von den kontrahirenden Parteien beglobt worden sei.



Haben sich nun die Beklagten als Bürgen verpflichtet für eine Steigerungskaufssumme, wobei das Pfandrecht auf die versteigerten Liegenschaften vorbehalten war, so liegt die Annahme sehr nahe, daß sie nur mit Rücksicht auf diesen Pfandrechtsvorbehalt die Bürgschaft übernehmen wollten. Es liegt nämlich in der Natur der Sache, daß die Bürgen auf die Sicherheit, insbesondere auf die Realsicherheit reflektiren, die der Schuldner selbst leistet oder anbietet. Diese Sicherheit wirkt mitbestimmend auf ihren Willen und bildet in der Regel die Voraussetzung, unter der sie die Verpflichtung eingehen. So auch hier, wo das Pfandrecht für die Kaufssumme vorbehalten war und wo namentlich auch aus dem Umstande, daß Kauf und Pfandrechtsvorbehalt und Bürgschaft in einem und demselben Akte stattfand, eine stillschweigende Vereinbarung gefolgert werden muß, wonach Verkäufer und Käufer das Geschäft seinem ganzen Umfange nach, d. h. den Kauf wie den Pfandvertrag zur Vollständigkeit — zur gerichtlichen Fertigung und Eintragung in's Grundbuch — bringen sollten.





Nun war allerdings die Ausfertigung des Vertrages, die Besorgung der Fertigung und Einschreibung in's Grundbuch zunächst Aufgabe des Notars, allein, da derselbe der Geschäftsmann und Beauftragte von Käufer nnd Verkäufer war, so konnten ihn diese letztern kontrolliren und ihm Weisungen ertheilen.

Wenn nun durch ein Versehen des Notars der Pfandrechtsvorbehalt in der Ausfertigung wegblieb, so kann der Nachtheil nicht die Bürgen treffen, welchen ja keine Einwirkung auf den Notar zustund.

Zutreffend ist hier die **Satz. 923 C.**, nach welcher der Gläubiger verpflichtet ist, dafür zu sorgen, daß er dem Bürgen die für die Schuld bestehenden Sicherheiten abtreten kann. Zu diesen Sicherheiten gehört aber auch der Pfandrechtsvorbehalt als Titel zu einem zu erwerbenden Pfandrecht.

Durch die Aufnahme eines solchen Pfandrechtsvorbehaltes wird dem Bürgen stillschweigend die zukünftige Existenz des Pfandrechtes auf den veräußerten Immobilien zugesichert, und der Gläubiger ist nicht mehr berechtigt, den Pfandrechtsvorbehalt fallen zu lassen und dem Bürgen auf diese Weise eine Sicherheit zu entziehen. Der Gläubiger ist verpflichtet, für die Erwerbung des Pfandrechtes zu sorgen, und es ist ihm zu einem den Bürgen liberirenden Verschulden anzurechnen, wenn er es aus Nachlässigkeit geschehen läßt, daß der Pfandrechtsvorbehalt nicht in den Titel eingetragen und das Pfandrecht nicht existent wird.

Ueberdieß ist im vorliegenden Falle nachgewiesen, daß der Kläger im Geltstage des J. U. Gabi fruchtbar angewiesen worden wäre, wenn seine Forderung Pfandrecht gehabt hätte, weil drei nachgehende Pfandobligationen in demselben fruchtbare Anweisung erhalten haben.

### 6. Regreß des gewesenen Bürgen gegen den Hauptschuldner in Folge Schuldübernahme statt Zahlung, gestützt auf den Auftrag des letztern zur Intercession. — Veränderungen im Kontext einer Urkunde nach deren Unterzeichnung beeinträchtigen ihre Beweiskraft nicht, wenn im Einverständniß der Unterzeichner erfolgt.

Spring (Bekl.) c. Blösch (Kl.).

28. Jan. 1882.

Für das Jahr 1876/77 hatte die Käsereigesellschaft Bußwyl den Brüdern Rudolf und Friedrich Spring ihre Milch zum Ver-

käsen verkauft. Im November 1876 beschloß sie, „dem Rudolf Spring, Käser in hier, die vom 1. Mai 1877 bis gleiche Zeit 1878 zu liefernde Milch für sein Angebot .... hinzugeben ...." — und damit übereinstimmend wurde unter dem gleichen Datum dem frühern Vertrag eine „Erneuerung" beigefügt. Dieselbe wurde außer von Rudolf Spring „als Käufer" auch unterzeichnet von Friedrich Spring, sodann von Bend. Blösch und Bendicht Hübschi „als Bürgen". Vor oder nach Unterzeichnung wurde diese Erneuerung im Kontexte überall in der Weise abgeändert, daß der Wortlaut für eine Mehrheit von Käufern paßte, und an betreffenden Stellen der Name des Friedrich Spring beigefügt. Aus diesem Vertrage war eine Forderung der Käsereigesellschaft, bezw. der Milchlieferanten, ausstehend im Betrage von Fr. 3080. 80, als Rudolf Spring im Januar 1879 in Geltstag fiel.

Laut notariellem Akt vom 26. März 1879, betitelt „Vergleich mit Obligation", erklärten nun gegenüber den Vertretern der Käsereigesellschaft die Gebrüder Rudolf und Friedrich Spring eine Summe von Fr. 3080. 80 schuldig zu sein; die Gesellschaft gestattete einen Nachlaß von Fr. 80. 80, und Bendicht Hübschi, der eine der oberwähnten Bürgen, übernahm in Folge Uebereinkommens mit dem andern Bürgen und „dem Schuldner" Friedrich Spring „am Platz des letztern" die Schuldpflicht für die restirenden Fr. 3000, worüber eine „Obligation" mit Verzinsung zu 5 % aufgenommen wurde. Dieser Verpflichtung traten Friedrich Spring und Bend. Blösch als Bürgen bei.

Endlich stellten am folgenden Tage, 27. März 1879, Friedrich Spring und Bend. Blösch eine Obligation zu Gunsten des Bend. Hübschi über je Fr. 1000 aus, welche sie ihm in Folge der Ausstellung des Vergleichs mit Obligation vom vorhergehenden Tage zu schulden erklärten.

Blösch klagt nun gegen Friedr. Spring auf Zahlung einer Summe von Fr. 1000 nebst Zins seit 27. März 1879 als Ersatz des Schadens, „der ihm aus der für den Beklagten und dessen Bruder Rudolf Spring gegenüber der Käsereigesellschaft B. eingegangenen Bürgschaft für gekaufte Milch erwachsen" sei.

Vom Amtsgericht Aarberg gemäß der Klage verurtheilt, appellirte der Beklagte an die obere Instanz, welche das Urtheil im Wesentlichen bestätigte, gestützt auf folgende

Erwägungsgründe:

Der Kläger Friedrich Blösch macht gegen den Beklagten Friedrich Spring eine Schadensersatzforderung geltend, gestützt darauf, daß er in seiner Eigenschaft als Bürge des Friedrich

Spring und seines Bruders Rudolf Spring gegenüber der Käsereigesellschaft von Bußwyl dem Rechtsnachfolger der Letztern, Bendicht Hübschi, unterm 27. März 1879 eine zu 5 % verzinsliche Obligation von Fr. 1000 ausgestellt hat.

Seitens des Beklagten wird vor Allem eingewendet, ein wirklicher Schaden liege überhaupt nicht vor, und in jedem Falle sei Blösch zur Klage nicht aktiv legitimirt, weil eine Abtretung der gläubigerischen Rechte an ihn nicht stattgefunden habe. Diese Einwände sind aber unbegründet. Was die Existenz des Schadens betrifft, so kann es keinen Unterschied machen, ob Jemand eine ihm materiell fremde Schuld baar bezahlt, oder ob er sich als Schuldner dafür verpflichtet hat, weil er im letztern Falle aus seinem Schuldversprechen haftet und zur Zahlung gezwungen werden kann, dem Kläger ist daher durch die Ausstellung der vorerwähnten Obligation ein Vermögensnachtheil in gleicher Weise erwachsen, wie wenn er dem Hübschi die Fr. 1000 baar bezahlt hätte. Rücksichtlich der Frage nach der Aktivlegitimation des Bendicht Blösch zur vorliegenden Schadensersatzklage ist darauf hinzuweisen, daß dem zahlenden Bürgen zwei Wege offen stehen, um sich dem Hauptschuldner gegenüber schadlos zu halten. Er ist nämlich einerseits berechtigt, vom Gläubiger die Abtretung des Forderungstitels und der für die Schuld bestehenden Sicherheiten zu verlangen, in welchem Falle er als Singularsuccessor des Gläubigers in alle Rechte desselben gegenüber dem Schuldner eintritt.

Andrerseits steht es ihm aber auch frei, von einer Abtretung der gläubigerischen Rechte Umgang zu nehmen und den Hauptschuldner selbstständig auf Grund der für ihn geleisteten Zahlung regreßweise zu belangen, sei es, daß er im Auftrage des Schuldners die Bürgschaftsverpflichtung zu Gunsten des Gläubigers eingegangen und aus derselben Zahlung geleistet hat, oder daß er als Geschäftsführer ohne Auftrag für den Schuldner intercedirt ist. In casu klagt nun eben Blösch auf Ersatz desjenigen Schadens, welcher ihm als Bürgen des Beklagten aus diesem Mandatsverhältniß entstanden ist, und es ist demnach seine Legitimation zur Klage hergestellt. Daraus ergibt sich aber auch gleichzeitig, daß er nicht befugt ist, den Zins vom 27. März 1879 an zu fordern, weil er nicht Rechtsnachfolger des Hübschi ist, sondern einen selbstständigen Regreßanspruch verfolgt, welcher im Falle des Zuspruchs der Klage erst vom Tage seiner Bestreitung — dem 20. Dezember 1879 — an verzinslich sein würde.

Bendicht Blösch beruft sich zur Begründung seiner Klage zunächst auf den Erneuerungsvertrag vom 4. November 1876,

käsen verkauft. Im November 1876 beschloß sie, „dem Rudolf Spring, Käser in hier, die vom 1. Mai 1877 bis gleiche Zeit 1878 zu liefernde Milch für sein Angebot .... hinzugeben ...." — und damit übereinstimmend wurde unter dem gleichen Datum dem frühern Vertrag eine „Erneuerung" beigefügt. Dieselbe wurde außer von Rudolf Spring „als Käufer" auch unterzeichnet von Friedrich Spring, sodann von Bend. Blösch und Bendicht Hübschi „als Bürgen". Vor oder nach Unterzeichnung wurde diese Erneuerung im Kontexte überall in der Weise abgeändert, daß der Wortlaut für eine Mehrheit von Käufern paßte, und an betreffenden Stellen der Name des Friedrich Spring beigefügt. Aus diesem Vertrage war eine Forderung der Käsereigesellschaft, bezw. der Milchlieferanten, ausstehend im Betrage von Fr. 3080. 80, als Rudolf Spring im Januar 1879 in Geltstag fiel.

Laut notariellem Akt vom 26. März 1879, betitelt „Vergleich mit Obligation", erklärten nun gegenüber den Vertretern der Käsereigesellschaft die Gebrüder Rudolf und Friedrich Spring eine Summe von Fr. 3080. 80 schuldig zu sein; die Gesellschaft gestattete einen Nachlaß von Fr. 80. 80, und Bendicht Hübschi, der eine der oberwähnten Bürgen, übernahm in Folge Uebereinkommens mit dem andern Bürgen und „dem Schuldner" Friedrich Spring „am Platz des letztern" die Schuldpflicht für die restirenden Fr. 3000, worüber eine „Obligation" mit Verzinsung zu 5 % aufgenommen wurde. Dieser Verpflichtung traten Friedrich Spring und Bend. Blösch als Bürgen bei.

Endlich stellten am folgenden Tage, 27. März 1879, Friedrich Spring und Bend. Blösch eine Obligation zu Gunsten des Bend. Hübschi über je Fr. 1000 aus, welche sie ihm in Folge der Ausstellung des Vergleichs mit Obligation vom vorhergehenden Tage zu schulden erklärten.

Blösch klagt nun gegen Friedr. Spring auf Zahlung einer Summe von Fr. 1000 nebst Zins seit 27. März 1879 als Ersatz des Schadens, „der ihm aus der für den Beklagten und dessen Bruder Rudolf Spring gegenüber der Käsereigesellschaft B. eingegangenen Bürgschaft für gekaufte Milch erwachsen" sei.

Vom Amtsgericht Aarberg gemäß der Klage verurtheilt, appellirte der Beklagte an die obere Instanz, welche das Urtheil im Wesentlichen bestätigte, gestützt auf folgende

## Erwägungsgründe:

Der Kläger Friedrich Blösch macht gegen den Beklagten Friedrich Spring eine Schadensersatzforderung geltend, gestützt darauf, daß er in seiner Eigenschaft als Bürge des Friedrich

Spring und seines Bruders Rudolf Spring gegenüber der Käsereigesellschaft von Bußwyl dem Rechtsnachfolger der Letztern, Bendicht Hübschi, unterm 27. März 1879 eine zu 5 % verzinsliche Obligation von Fr. 1000 ausgestellt hat.

Seitens des Beklagten wird vor Allem eingewendet, ein wirklicher Schaden liege überhaupt nicht vor, und in jedem Falle sei Blösch zur Klage nicht aktiv legitimirt, weil eine Abtretung der gläubigerischen Rechte an ihn nicht stattgefunden habe. Diese Einwände sind aber unbegründet. Was die Existenz des Schadens betrifft, so kann es keinen Unterschied machen, ob Jemand eine ihm materiell fremde Schuld baar bezahlt, oder ob er sich als Schuldner dafür verpflichtet hat, weil er im letztern Falle aus seinem Schuldversprechen haftet und zur Zahlung gezwungen werden kann, dem Kläger ist daher durch die Ausstellung der vorerwähnten Obligation ein Vermögensnachtheil in gleicher Weise erwachsen, wie wenn er dem Hübschi die Fr. 1000 baar bezahlt hätte. Rücksichtlich der Frage nach der Aktivlegitimation des Bendicht Blösch zur vorliegenden Schadensersatzklage ist darauf hinzuweisen, daß dem zahlenden Bürgen zwei Wege offen stehen, um sich dem Hauptschuldner gegenüber schadlos zu halten. Er ist nämlich einerseits berechtigt, vom Gläubiger die Abtretung des Forderungstitels und der für die Schuld bestehenden Sicherheiten zu verlangen, in welchem Falle er als Singularsuccessor des Gläubigers in alle Rechte desselben gegenüber dem Schuldner eintritt.

Andrerseits steht es ihm aber auch frei, von einer Abtretung der gläubigerischen Rechte Umgang zu nehmen und den Hauptschuldner selbstständig auf Grund der für ihn geleisteten Zahlung regreßweise zu belangen, sei es, daß er im Auftrage des Schuldners die Bürgschaftsverpflichtung zu Gunsten des Gläubigers eingegangen und aus derselben Zahlung geleistet hat, oder daß er als Geschäftsführer ohne Auftrag für den Schuldner intercedirt ist. In casu klagt nun eben Blösch auf Ersatz desjenigen Schadens, welcher ihm als Bürgen des Beklagten aus diesem Mandatsverhältniß entstanden ist, und es ist demnach seine Legitimation zur Klage hergestellt. Daraus ergibt sich aber auch gleichzeitig, daß er nicht befugt ist, den Zins vom 27. März 1879 an zu fordern, weil er nicht Rechtsnachfolger des Hübschi ist, sondern einen selbstständigen Regreßanspruch verfolgt, welcher im Falle des Zuspruchs der Klage erst vom Tage seiner Bestreitung — dem 20. Dezember 1879 — an verzinslich sein würde.

Bendicht Blösch beruft sich zur Begründung seiner Klage zunächst auf den Erneuerungsvertrag vom 4. November 1876,

wonach die Käsereigesellschaft von Bußwyl den Brüdern Rudolf und Friedrich Spring die vom 1. Mai 1877 bis zum 1. Mai 1878 zu liefernde Milch für ihr Angebot von Rp. 29 per Maß verkaufte, und dem der Kläger zusammen mit Bendicht Hübschi als Bürge beitrat. Der einte Schuldner, Rudolf Spring, sei sodann in Geltstag gefallen und es hätten Vergleichsunterhandlungen stattgefunden, in Folge deren Hübschi sich an Stelle des Friedrich Spring als Schuldner den Milchlieferanten gestellt und eine vom gleichen Tage — dem 26. März 1879 — datirte Obligation von Fr. 3000 ausgestellt habe, welcher der eigentliche Schuldner Friedrich Spring und der Kläger — bisheriger Bürge — als Bürgen beigetreten seien. Friedrich Spring habe wiederholt erklärt, er wolle dann, wenn es ihm möglich sein werde, die Bürgen, welche jetzt für ihn zahlen müßten, schadlos halten und sie sollen an ihm nichts verlieren.

Am 27. März 1879 habe Friedrich Spring mit dem Kläger gemeinsam dem Hübschi eine Obligation von Fr. 2000 ausgestellt in der Weise, daß jeder für Fr. 1000 nebst Zins haften wolle. Der Beklagte sei daher schuldig, ihm, dem Kläger, den ihm durch die Ausstellung dieser Obligation entstandenen Schaden zu vergüten und ihm die geforderten Fr. 1000 sammt Zins zu bezahlen.

Friedrich Spring erhebt nun verschiedene Einwendungen gegen seine Zahlungspflicht. Vom 1. Oktober 1876 an habe er nicht mehr in Bußwyl gewohnt und daher von einer Erneuerung des Milchlieferungsvertrages mit der dortigen Käsereigesellschaft nichts wissen wollen. Die als Beweismittel angerufenen Zeugen konstatiren aber lediglich die Thatsache, daß er dazumal von Bußwyl fortgezogen sei. Der Haupteinwand des Beklagten ist der, daß der Erneuerungsvertrag vom 4. November 1876 nur mit seinem Bruder Rudolf Spring als Milchkäufer abgeschlossen worden, er dagegen demselben als bloßer Bürge beigetreten sei. Nach dem Inhalt des Protokolls sollte man allerdings glauben, die Milch sei auf alleinige Rechnung des Rudolf Spring hingegeben worden, aber aus den Depositionen des Bendicht und des Friedrich Bangerter zu Art. 23 und 24 geht hervor, daß die Käsereigesellschaft von Bußwyl beide Brüder Spring als Käufer betrachtete und daß Rudolf Spring erklärte, es gehe wie früher, jeder von ihnen stelle seinen frühern Bürgen. Es scheint sich daher in dieser Beziehung eine Ungenauigkeit in das Protokoll eingeschlichen zu haben. Nun macht der Beklagte im Weitern geltend, der Erneuerungsvertrag vom 4. November 1876 sei eine verdächtige Urkunde im Sinne des § 209 P., weil sie in ihren wesentlichen Bestandtheilen abgeändert worden sei. In solchen Fällen gelte der ursprüngliche

Inhalt der Schrift, könne derselbe aber nicht mehr ausgemittelt werden, so verliere die Urkunde ihre Beweiskraft. Ursprünglich sei nun blos Rud. Spring als Käufer darin genannt gewesen, und erst später seien die Worte „der Käser als Käufer" verändert worden in „die Käser als Käufer" und auch im Kontexte der Urkunde die entsprechenden Mutationen angebracht worden. Er könne daher nicht aus dieser Urkunde als Schuldner belangt werden. Zum Zwecke der Anfechtung des Inhalts einer Privaturkunde genügt indeß nicht die allgemeine Behauptung, daß derselbe abgeändert worden sei, sondern da nach § 210 P. die Aechtheit einer solchen Urkunde von der Aechtheit der Unterschrift des Ausstellers abhängt, so muß sich im Fernern aus den Umständen ergeben, daß ihr Inhalt ohne Wissen und Wollen des Ausstellers — d. h. erst nachdem er seine Unterschrift beigesetzt hatte — abgeändert worden ist. In casu harmoniren aber die Abänderungen mit dem Umstande, daß auch Friedrich Spring den Vertrag mit seinem Bruder als Käufer unterzeichnet hat, sowie mit den oben erwähnten Aussagen der Zeugen Bendicht und Friedrich Bangerter betreffend den Hergang in dieser Angelegenheit. Dem gegenüber bringt Friedrich Spring wenig plausible Raisonnements an, wenn er sagt, er habe als Bürge unterzeichnen wollen und dann seinen Namen irrthümlicherweise unter denjenigen seines Bruders gesetzt und dieses Versehen, nachdem er es bemerkt, aus dem Grunde nicht berichtigt, weil er gedacht habe, nach dem Kontexte der Urkunde könnte er doch nur als Bürge, nie aber als Käufer belangt werden. Dagegen spricht in erster Linie die unumstößliche Thatsache, daß die Unterschrift des Beklagten nur mit dem abgeänderten Inhalt der Urkunde stimmt, sowie die Aussage des Hübschi, daß ihm beide Brüder Spring seiner Zeit erklärt hätten, sie werden die Milch von Bußwyl wieder kaufen und daß er ihnen auf ihr Ansuchen zugesichert habe, wieder Bürge sein zu wollen. Nimmt man noch hinzu, daß Hübschi den Erneuerungsvertrag zuletzt unterzeichnete und daß damals die Korrekturen schon vorhanden waren, daß Rudolf Spring in mißlichen finanziellen Verhältnissen sich befand und ihm allein die Milch kaum geliefert worden wäre, und daß endlich dem Beklagten der Nachweis der behaupteten Rückbürgschaft zu Gunsten des Bendicht Hübschi mißlungen ist, so muß man zu der Ansicht gelangen, daß der Inhalt des Erneuerungsvertrages vom 4. November 1876 in seiner jetzigen Fassung nicht mit Erfolg angefochten worden ist, und daß mithin diese Urkunde, wie sie lautet, als beweiskräftig anzuerkennen ist. Dazu kommt noch, daß Friedrich Spring in der Vergleichsurkunde vom 26. März 1879 seine Eigenschaft als Milchkäufer und Schuldner der Käserei-

gesellschaft von Bußwyl in förmlichster Weise anerkannt hat. Es steht somit fest, daß Bendicht Blösch als Bürge des Beklagten für denselben Fr. 1000 durch Ausstellung einer Obligation an Bendicht Hübschi als Rechtsnachfolger der Käsereigesellschaft von Bußwyl bezahlt hat.

Es steht ihm daher für diesen Betrag eine Regreßforderung gegenüber dem Friedrich Spring zu, und es ist ihm sein Rechtsbegehren mit der oben erwähnten Modifikation rücksichtlich des geforderten Zinses zuzusprechen.

## Die Freigebung der Advokatur.

(Aus den Verhandlungen des bern. Juristenvereins vom 29. Mai 1882.)

Der bernische Juristenverein verhandelte in seiner Hauptversammlung vom 29. Mai abhin hauptsächlich über die Frage der Freigebung der Advokatur. Das Referat hatte Fürsprecher Müller in Bern übernommen. Derselbe äußerte sich *) ungefähr in folgender Weise:

Meine Herren!

Sie haben an der letzten Hauptversammlung unseres Vereins dem Vorstande den Auftrag ertheilt, an der heutigen Versammlung die Frage der Freigebung der Advokatur zur Diskussion zu bringen. Sie haben damit Ihre Ansicht bereits dahin geäußert, daß Sie die Erörterung dieser Frage im Kreise der Fachmänner für zeitgemäß erachten. Trotzdem mögen auch heute zwei Worte die Wahl des Themas motiviren.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß die Organisation der Advokatur in inniger Beziehung steht zur Organisation des

*) Nach seinen Aufzeichnungen, die er der Red. gefälligst zur Verfügung stellte. Der Redaktor der Ztschr. war verhindert, der Versammlung beizuwohnen. Eine Aufzeichnung des ersten Votums von gegnerischer Seite ist uns seither zugestellt und wird im nächsten Heft erscheinen.
Red.



Gerichts- und Prozeßwesens überhaupt. Sie ist einerseits bedingt durch die Organisation der Gerichte, wie sie umgekehrt auch ihrerseits von erheblicher Bedeutung für die Organisation der Gerichte und die Einrichtung des Prozeßrechts ist. Je besser die Gerichte sind, desto freier kann die Advokatur gestaltet werden; je mehr Freiheit der Advokatur gewährt wird, desto größere Selbstständigkeit muß dem Richter gegeben werden. Freie Advokatur verlangt freies Verfahren und schützende Bestimmungen gegen Mißbräuche, welche bei gebundener Advokatur und formellem Verfahren nicht in demselbem Maße erforderlich sind.

So sehen wir denn auch in denjenigen beiden Staaten, welche uns in der jüngsten Zeit in der Justizreform vorangegangen sind, die Frage gleichzeitig mit der Gesammtreform diskutirt und schließlich gesetzlich gelöst.

Zürich löst sie in seinem Gesetze betreffend die Rechtspflege vom 2. Dezember 1874 und 1. Januar 1875 im Gegensatz zu seinem bisherigen Patentsystem im Sinne vollständiger Freigabe.

Deutschland läßt seinem Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877 und seiner Civilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 die Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878 folgen, in der es zwar nicht zur Freigabe, wie wir sie meinen, aber immerhin zu etwas freierer Organisation der Advokatur gelangt.

Wir stehen am Vorabende der Prozeß- und Gerichtsreform, und auch wir sollen daher den Anlaß benutzen, die Frage zu erörtern, ob unser bisheriges Patentsystem nicht in eint oder anderer Weise zu beseitigen sei. Die Moser'schen Entwürfe und, so viel bekannt, auch die Anträge der Prozeßreformkommission, haben an dem bisherigen Stand der Dinge festgehalten. Nichtsdestoweniger ist es sicher, daß die Ansichten über die Frage getheilt sind, und es ist daher gut, wenn dieselben Gelegenheit finden, im Kreise der Fachmänner zum Ausdrucke zu gelangen. Mag auch die Diskussion heute nicht zum Abschlusse gelangen, so wird sie doch eine Vorbereitung sein für die Haltung, welche die Juristen der Frage gegenüber im entscheidenden Momente einnehmen werden. —

Es wird zu allseitiger Orientirung beitragen, wenn ich mir vor Allem erlaube, einige historische Reminiscenzen bei Ihnen wach zu rufen. Ich habe nicht nöthig, besonders zu betonen, daß es mir nicht einfällt, damit eine Geschichte der Advokatur geben zu wollen.

Seit dem Verschwinden jener Zeiten, von welchen Scheffel sagt: „Noch kannte nicht die Welt des bürgerlichen Rechtes vielverschlungnen Pfad, und selbst der Greis im Silberhaare wußte nicht die Antwort auf die Frage, was ein Darlehn sei" — seit jenen Zeiten machte sich aller Orten das Bedürfniß nach Beistand und Vertretung in gerichtlichen Angelegenheiten geltend. Ursprünglich wird zwar in der Regel daran festgehalten, daß die Parteien ihre Sache persönlich vor Gericht zu verfechten haben, und es wird ihnen nur die Beiziehung eines Berathers oder Beistandes gestattet. Allmählig werden die Beistände an Stelle der Parteien zum Vortrage vor Gericht zugelassen, und frühzeitig bildet sich in Folge dessen der in manchen Staaten noch heute bestehende Unterschied zwischen Anwalt und Advokat, avoué und avocat, aus.

Im Laufe der Jahrhunderte entsteht aus der Advokatur ein besonderer, vielfach privilegirter Berufsstand, der sich namentlich auch das ausschließliche Recht zur Vertretung Dritter vor Gericht oder gar das ausschließliche Recht zur Verfechtung streitiger Sachen vor Gericht überhaupt anzueignen weiß. Doch scheinen mit dem Privilegium einerseits, mit dem schriftlichen Prozeß andrerseits Mißstände und Mißbräuche aller Art überhand genommen zu haben, und so sind denn auch die Klagen über den Advokatenstand und die Versuche, Abhülfe zu schaffen, schon früh erkennbar. Gneist sagt darüber in seiner Schrift „Freie Advokatur" unter Anderem: „Wie von unten herauf die Partei ihren chicanirenden und verschleppenden Gegner in dem Anwalt der andern Partei sah, so begann man von oben herab in der Advokatur das Haupthinderniß einer verbesserten Rechtspflege zu sehen. In dieser Zeit entstand eine allgemeine Abneigung gegen die Advokatur. Schon im 17. Jahrhundert gab es eine Literatur über die nequitia advocatorum. Im 18. Jahrhundert warf

man im Ernst die Frage nach der Abschaffung der ganzen Einrichtung auf."

In seiner Kabinetsordre vom 14. April 1780 spricht sich Friedrich der Große hierüber folgendermaßen aus:

„Es ist wider die Natur der Sache, daß die Parteien mit ihren Klagen und Beschwerden von dem Richter nicht selber gehört werden, sondern ihre Nothdurft durch gedungene Advokaten vorstellen sollen. Diesen Advokaten ist sehr daran gelegen, daß die Prozesse vervielfältiget und in die Länge gezogen werden; denn davon dependirt ihr Verdienst und ihr ganzes Wohl. — Wenn der Richter die Akten nicht eher in die Hand bekommt, als bis die Advokaten durch ihre Schriftsätze das Faktum nach Wohlgefallen verdreht und verdunkelt oder mangelhaft vorgetragen haben, so ist es sehr natürlich, daß der Urtelsfasser den rechten Gesichtspunkt verliert, folglich auf unadäquate Beweise erkennt, und weil er auf dem eingeschlagenen irrigen Wege fortgehen muß, oft wider seine Ueberzeugung, am Ende ein offenbar ungerechtes Urtel zu sprechen genöthigt ist. — Es ist Meine Meinung hierbei nicht, daß den Parteien bei dergleichen gerichtlichen Handlungen die Assistenz eines Rechtsfreundes versagt werde, vielmehr finde Ich es nöthig, sowohl dem Kläger als Beklagten auch schon bei Untersuchung des facti seinen Advokaten zu dem Ende zu accordiren, damit derselbe den Richter, welcher vielleicht aus Nachlässigkeit, Mangel der Penetration oder wohl gar aus Parteilichkeit, der ihm obliegenden Untersuchung keine Satisfaktion leisten möchte, seiner Pflicht erinnern, ihn in Allem kontrolliren, die Rechtsgründe der Partei deduciren und also für die Sicherheit seines Clienten auf alle Art Sorge tragen solle. Damit aber diese neue Art von Advokaten nicht wieder auf die alten Irrwege gerathen möge, so muß die Sache so eingerichtet werden, daß solche bei dem Verzuge der Entscheidung und Vervielfältigung der Prozesse nicht interessirt sind, sondern einen ganz andern Gesichtspunkt zur Beförderung ihres Glück's und ihres Interesses erhalten. Die Referendarien müssen nämlich bei Meiner neuen Einrichtung hauptsächlich bei den Untersuchungen der Sachen in facto gebraucht und den Räthen dabei zu Hülfe gegeben werden. Diejenigen Referendarii, welche bei diesen Gelegenheiten die mehrste Geschicklichkeit und Penetration zeigen, werden zu fernerer Beförderung beibehalten, und aus diesen sollen die Advokaten, oder wie man sie füglicher nennen möchte, die Assistenzräthe, aus diesen aber in der Folge die wirklichen Räthe der Landescollegiorum gewählt werden. Diese Assistenzräthe müssen eben sowohl

als die Räthe der Landescollegiorum auf fixirte Besoldungen gesetzt und zu dem Ende ihre Defensionsgebühren in einer gemeinschaftlichen Sportulkasse gesammelt werden."

So gelangte Friedrich der Große dazu, die Advokatur zu einem Staatsamte zu gestalten. Er schaffte, um „diesem landverderblichen Uebel in seinen ersten Quellen Abhülfe zu verschaffen", die bisherigen Advokaten gänzlich ab und ersetzte sie durch seine Assistenzräthe. Diese sollten als Beamte des Staates das Gericht in seinen Bemühungen zur Ausmittlung der Wahrheit unterstützen, zu dem Zwecke mit den an sie gewiesenen Parteien korrespondiren, nach objektiver Herstellung des Thatbestandes aber die an sie gewiesenen Parteien in der Rechtsfrage vertreten. Das Institut erlag jedoch bald der Unnatürlichkeit dieser polizeilichen Fürsorge, indem, wie Gneist sagt, „die Parteien den Assistenzräthen kein Vertrauen schenkten, weil sie ungewiß waren, ob sie dieselben für ihre Richter oder Sachwalter halten sollten."

Auch Franreich schaffte durch Gesetz vom 20. März 1791 die Avokaten und Prokuratoren gänzlich ab, um nach vielfachen Schwankungen erst unter Napoleon I. wieder zu deren Einführung zu gelangen.

Aehnliche Erscheinungen zeigen sich um diese Zeit auch in der Schweiz. Ich entnehme einem Aufsatze in der Zeitschrift für schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege, Band I, hierüber Folgendes:

„Schon in den Räthen der helvet. Republik wurden mehrmals Anläufe zur Abschaffung der Advokatur gemacht; Cartier bemerkte in der Sitzung des Großen Rathes vom 19. November 1798: „Wenn wir einmal ein allgemeines Gesetzbuch haben, so wünsche ich, daß wir keine Advokaten mehr haben, oder daß jeder Bürger Beistand am Rechte sein könne", und in der Senatssitzung vom 21. Dezember 1798 schlug Kubli folgende Resolution vor:

„In Erwägung, daß die rechtschaffenen tröstlichen Advokaten viel seltener als jene sind, welche lieber verwirren als aufklären, damit rücksichtlich ihres eigenen Nutzens die Streithändel nicht so leicht und nicht so schnell entschieden werden — daß eben dieses spielende Unwesen schon manche Familie in Elend und Armuth gestürzt hat, daß es nun endlich hohe Zeit ist, diesem großen

Uebel abzuhelfen, um auch hierin die gesegneten Früchte der neuen Ordnung der Dinge fühlbar zu machen, beschließt der Große Rath:

Es sollen in Civilprozessen um des besondern und allgemeinen Bestens willen keine Advokaten mehr gebraucht werden dürfen."

Muret erhob sich gegen diese Proscription des Advokatenstandes, nahm die Wissenschaft in Schutz, fragte, ob man auch die Aerzte abschaffen wolle, weil es unwissende und schlechte gibt, die ihre Kranken, statt sie zu kuriren, in's Grab senden, wies auf die Verdienste der Advokaten um die Revolution hin, und sprach endlich: „Ich frage den Bürger Kubli, der keine Advokaten zulassen will, wie er sich mit all' seinen Einsichten helfen würde, wenn er vor einem Gerichte, dessen Sprache und Formalitäten ihm unbekannt wären, erscheinen müßte? Wo ist der Bürger, der ohne den Rath eines sachkundigen Mannes nicht im Fall sein kann, Ehre und Gut zu verlieren? Unsere Gesetze mögen auch noch so klar und einfach werden, nicht Jeder wird im Falle sein, sich deren vollkommene Kenntniß zu erwerben.

Nachdem aber Usteri für den Vorschlag eingetreten war, wurde er im Senate wenigstens mit großer Mehrheit angenommen. —

Früher bestimmten die Verfassungen des Kantons Schaffhausen von 1831 und 1834 je in Art. 20:

„Die Zulassung von Advokaten bei allen Gerichtsstellen bleibt auch in Zukunft untersagt."

Noch heute gilt Art. 5 der Verfassung von Appenzell A.-Rh.: „Weder vor dem Obergerichte, noch vor den untern Gerichten dürfen bei Streitigkeiten zwischen Kantonseinwohnern Advokaten zugelassen werden."

In neuester Zeit haben, wie bereits erwähnt wurde, namentlich Deutschland und Zürich wesentliche Aenderungen eingeführt, auf welche hier etwas näher eingetreten werden muß. Dabei ist zunächst auf den großen Unterschied hinzuweisen, welcher in der Auffassung der Frage beidseitig von vorne herein bestanden hat. In Deutschland verstand man nämlich bis 1878 unter Freigebung der Advokatur die Aufhebung der geschlossenen Zahl der Anwälte und des staatlichen Rechts zur Anweisung des Wohnsitzes und des Gerichts, also freie Konkurrenz derer, die auf Grund bestandener Prüfung dazu legitimirt sind. Bei uns, und speziell in Zürich, verstand man und versteht man auch

heute unter der Freiheit die gänzliche Abschaffung des Prüfungszwangs.

Die deutsche Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878 hat den Begehren der deutschen Anwälte in folgender Weise Rechnung getragen:

1. Die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft erfolgt für jeden einzelnen Anwalt auf Anmeldung hin bei einem oder mehreren bestimmten Gerichten. Bei diesen muß der betreffende Anwalt seinen Wohnsitz nehmen. Die Zulassung erfolgt durch die betreffende Landesjustizverwaltung nach Anhörung des Vorstandes der Anwaltskammer.

2. Die Zahl der Anwälte bei den einzelnen Gerichten ist nicht beschränkt, das Bedürfniß nicht maßgebend. In der Wahl des Gerichts, für welches der Anwalt sich anmelden will, ist er frei.

3. Voraussetzung der Zulassung ist die Fähigkeit. Fähig ist, wer die Fähigkeit zum Richteramt erlangt hat.

Also im Ganzen: Freiheit in der Wahl des Gerichts und in der Zahl der Zulassungen;

Beschränkung mit Rücksicht auf Beibehaltung des Gerichtszwangs für das einmal gewählte Gericht, den Wohnsitzzwang und die Fähigkeitsrequisite.

Besondere Erwähnung mag bei diesem Anlasse die Organisation der Anwaltschaft durch das erwähnte Gesetz finden. Danach bilden sämmtliche Anwälte eines Ober-Landesgerichtsbezirks eine Anwaltkammer. Diese wählt ihren Vorstand von 9 15 Mitgliedern und dieser bezeichnet seinen Vorsitzenden. Dem Vorstand steht die disziplinarische Aufsicht über die Mitglieder der Kammer zu. Ein Ehrengericht, bestehend aus fünf Vorstandsmitgliedern, handhabt die Strafgewalt, vermittelt Streitigkeiten der Anwälte unter sich und mit ihren Auftraggebern. Seine Kompetenzen sind: Warnung, Verweis, Geldstrafe bis zu 3000 Mark, Ausschließung von der Anwaltschaft. Es findet vor demselben eine Art Anklageprozeß statt, wobei als Ankläger der Staatsanwalt des betreffenden Ober-Landesgerichts funktionirt. Von den Urtheilen der Ehrengerichte findet Rekurs an den

Ehrengerichtshof statt, welcher besteht aus dem Präsidenten des Reichsgerichts, 3 Mitgliedern des Reichsgerichts und 3 Mitgliedern der Reichsgerichtsanwaltskammer.

Das Zürcher Gesetz betreffend die Rechtspflege vom 2. Dezember 1874 gibt dagegen die Advokatur in unserem Sinne frei. Seine bezüglichen Bestimmungen lauten:

„§ 174. In Civilsachen können die Parteien, beziehungsweise deren Vertreter (§ 173), selbst handeln oder sich durch eine andere im Besitze des Aktivbürgerrechts befindliche Person vertreten oder verbeiständen lassen.

Vor dem Friedensrichter ist dieses Recht, sich vertreten zu lassen, bloß solchen Personen gestattet, welche außerhalb des Wahlkreises wohnen, dem die Gemeinde des Friedensrichters angehört, oder welche am persönlichen Erscheinen verhindert sind; Verbeiständung ist gänzlich ausgeschlossen.

§ 176. Es ist in der Regel nicht gestattet, daß für dieselbe Partei mehrere Personen bei derselben Verhandlung das Wort führen.

Zur Ergänzung oder Berichtigung des Vortrages ihres Vertreters oder Rechtsbeistandes kann auch der Partei selbst noch das Wort gestattet werden.

§ 177. Wer für einen Andern gerichtliche Handlungen vornehmen will, soll ein Recht dazu, gemäß den Vorschriften der Civilprozeßordnung durch eine Vollmacht nachweisen.

Auch im Strafprozeß kann von Demjenigen, der als Vertreter eines Angeklagten auftritt, Ausweis über seine Vollmacht verlangt werden.

§ 178. Die Handlungen und Unterlassungen des Bevollmächtigten sind für den Vollmachtgeber ebenso verbindlich, als wenn sie von ihm selbst ausgegangen wären.

§ 179. Zeigt sich eine Partei oder ihr Vertreter als offenbar unfähig, eine Sache gehörig zu führen, so kann das Gericht die Partei anhalten, sich eines tüchtigen Rechtsbeistandes zu bedienen."

In der ganzen Schweiz stehen sich im Wesentlichen zwei Systeme gegenüber, dasjenige, welches die Advokatur als patentirte Berufsart behandelt und dasjenige, welches die Vertretung Dritter vor Gericht jedem in bürgerlichen Ehren stehenden Manne gestattet. Dabei finden sich im Einzelnen vielfache Abweichungen und ist namentlich der Patentzwang an einigen Orten eigentlich nur Formsache. Die folgenden Angaben können indeß nicht

Anspruch auf absolute Sicherheit machen, da ich für einige Kantone die neuesten Erlasse nicht auftreiben konnte.

Nach meinen Informationen würden dem Patentsystem huldigen die Kantone Bern, Freiburg, Solothurn (?), Aargau, Thurgau, Tessin, Waadt, Wallis und in beschränkter Weise Genf und Luzern. Dagegen befänden sich auf dem Boden der Freigebung: Zürich, Schwyz, beide Unterwalden, Glarus, Zug, beide Basel, Schaffhausen, St. Gallen, Graubünden und Neuenburg. Uri hätte eine Art von Patentsystem und Wahlamt, Appenzell das bereits erwähnte Verbot.

Nach dem bernischen Advokatengesetz vom 10. Dezember 1840 und dem Prüfungsreglement vom 3. November 1858 sind im Kanton Bern gegenwärtig zur Erlangung des Patentes erforderlich: Maturitätsprüfung, Ehrenfähigkeit, guter Leumund, drei Jahre juristisches Studium, ein Jahr Arbeit bei einem Praktiker, zurückgelegtes 23. Altersjahr und Absolvirung des theoretischen und des praktischen Fürsprecherexamens. —

Wenn wir uns nun die Frage stellen, welchem System wir den Vorzug geben sollen, so dürfte es nicht uninteressant sein, vorerst Rundschau zu halten und zu sehen, was andere Leute über die Sache sagen.

Als Gegner der Freigebung in unserm Sinne begegnet uns vor Allem Gneist in seiner schon citirten Schrift. Gneist verlangt vom Staate Garantie für die Ehrenhaftigkeit des in die Advokatur eintretenden Personals und zu dem Ende Fürsorge für die juristisch-technische Bildung der Anwaltschaft auf völlig gleicher Stufe mit dem Richteramte. Er glaubt dies nur erreichen zu können durch die Aufstellung eines geistigen Census und preist deshalb die preußischen Einrichtungen, welche als Vorbedingungen der Rechtsanwaltschaft verlangen einen neunjährigen Gymnasialkursus, das triennium academicum, ein vier- bis sechsjähriges Referendariat. Daß das Referendariat bei uns nicht eingeführt werden kann, liegt für jeden mit unsern Verhältnissen Bekannten auf der Hand. Wir werden daher später lediglich zu untersuchen haben, ob unsere wissenschaftlichen Vorstudien die Garantie bieten können, welche Gneist als Ideal hinstellt.

Drastischer als Gneist, aber auch um so weniger sachlich, eifert Dr. Meili in seinem Kommentar zum Civil- und Strafprozeß des Kantons Zürich und des Bundes, Band I, pag. 58 und 59 gegen die Freigebung der Advokatur. Er sagt u. A.:

„Als Parteivertreter erscheinen im Kanton Zürich neben „Advokaten und Geschäftsagenten", die unter dem frühern Regime patentirt wurden, auch etwa Individuen, welche schon bestraft, aber nicht im Aktivbürgerrecht eingestellt worden sind, ferner Kanzlisten oder sonstige Schreiber, Ignoranten, ohne jede allgemeine, vollends ohne juristische Bildung, ferner Personen, welche ihren Beruf verfehlt, dann durch den Zufall des Referendums oder Volkswahlen ein Bezirksamt oder ein Gemeindsamt erlangt haben, während sie in einer Monarchie höchstens und mühsam die Würde eines Nachtwächters erklommen hätten: sie alle legen sich nach Belieben über Nacht den Namen von „Advokaten" oder „Rechtsagenten" bei und fühlen sich berufen, „Priester des Rechts" zu werden.

Jedes Individuum, das im Aktivbürgerrecht nicht oder nicht mehr eingestellt ist, kann dadurch bei uns der Prokurator einer Partei sein. Die Qualität eines gewöhnlichen Patrioten oder Referendumsbürgers genügt also. So grenzenlos weit reicht die demokratische Freiheit des Kantons Zürich: zum Schaden des Rechts, denn es verlangt die Gewähr für absolute Ehrenhaftigkeit und Rechtskenntnisse, zum Schaden der Richter, denn die Richter haben im Allgemeinen, und speziell unsere Richter, das größte Interesse an einem guten und gelehrten Advokatenstande, zum Schaden des Publikums, denn das Prozessiren ist durch die Freigebung des Advokatenberufs theurer geworden, zum Schaden der gebildeten Advokaten, denn jeder korporative Sinn wird ausgelöscht und aus materiellen Interessen blos formal gepflegt. Zu wessen Nutzen besteht denn jene Freiheit? Zu Niemandes Nutzen und Frommen: Der staatsrechtlich entscheidende Gesichtspunkt allgemeiner Gleichheit verlangt jene Freiheit, und das demokratische Staatsrecht dozirt jenes Dogma. Vermöge der bei uns eingeführten Freiheit kommen auch Rechtsanwälte und solche, die es behaupten zu sein, aus andern Kantonen zu uns und glauben dem grünen Zweige, den sie auswärts nicht gefunden haben, in unserem Advokaten-Eldorado zu begegnen. Das weniger Humoristische liegt darin, daß es derartigen Leuten manchmal nicht einfällt, die zürcherischen Gesetze einer eingehenden und exakten Prüfung zu unterwerfen."

In Meili tritt uns der ausgesprochenste Berufsaristokrat und Zunftgenosse entgegen. Allein die Vorwürfe, welche er dem

freien Zürcher Advokaten macht, können ebenso sehr dem vom Patent geschützten Advokaten gelegentlich gemacht werden, denn auch unter dem Patentschutz wuchert mitunter Unkraut. Es bleibt daher immer noch die Frage zu untersuchen, ob die Vortheile, welche der Patentzwang gewähren mag, eine Beschränkung der Freiheit rechtfertigen, oder ob diese Beschränkung nicht ebenso viel Nachtheile mit sich bringt, als sie Vortheile zu gewähren scheint.

Im Sinne der Freigebung schreibt dagegen der Verfasser des bereits citirten Aufsatzes in der Zeitschrift für schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege:

„Art. 21 der zürch. Verfassung von 1869 erklärt die Ausübung jeder Berufsart in Kunst und Wissenschaft, Handel und Gewerbe als frei, vorbehältlich der gesetzlichen und polizeilichen Vorschriften, welche das öffentliche Wohl erfordert.

Schon die Nebeneinanderreihung der Berufsarten in Kunst und Wissenschaft, Handel und Gewerbe zeigt, daß als maßgebender Gesichtspunkt die Gewerbefreiheit auftritt und daß unser Volk die Advokatur, da sie kein Amt ist, nur als Gewerbe ansieht. Zwischen Amt und freiem Gewerbe gibt es nichts Drittes; den sogenannten „geistigen" Beruf (operae liberales), den man behauptet, um eine besondere Behandlung dieser Berufsarten zu rechtfertigen, ist eine dem Volke unverständliche Distinction. Sobald die Advokatur eine Berufsart nicht höher und besser als irgend eine andere ist, stellt sich dem Volke nothwendig der Begriff der Gleichheit und als dessen Konsequenz der Ausschluß aller Privilegien und jeder Spezialbehandlung ein. Daß aber das öffentliche Wohl irgendwie eine Beschränkung dieser Berufsart erheische, wagte Niemand zu behaupten. Der Kantonsrath — sagt der Bericht an das Volk — verkannte nicht, daß das Bestehen eines gebildeten, erfahrenen und gewissenhaften Advokatenstandes nicht eine wesentliche Bedingung guter Handhabung der Rechtspflege sei, befürchtet aber ebenso wenig, daß nicht auch ohne Privilegium der Kanton Zürich einen solchen haben werde. Es wurde daher keine weitere Beschränkung für die Berechtigung zur Vertretung Dritter vor Gericht nöthig erachtet, als sie für die Ausübung politischer Rechte besteht, nämlich der Besitz des Aktivbürgerrechts.

Man war der Ansicht, daß die Bedingung eines guten Advokatenstandes so wenig, wie bei andern Berufsarten, nicht das Privilegium sei, vielmehr schade das Privilegium gerade dadurch,

daß es auch der Mittelmäßigkeit den äußern Stempel der Tüchtigkeit verleiht; die volle Freigebung gebe der wirklichen Tüchtigkeit besseres Relief, so zwar, daß das Leben selbst nur diese, nicht auch die Mittelmäßigkeit und noch weniger geringere Elemente zur Geltung kommen lassen wird, wobei es gleichgültig sei, auf welchem Wege die Tüchtigkeit erlangt worden sei. Das Volk weiß die praktische Bewährung sehr gut zu erkennen und vertraut nicht gerne blos auf eine durch öffentliche Organe kontrollirte und garantirte Kenntniß und Berufsthätigkeit. Was von den Aerzten schon gesagt wurde, gilt sodann auch hier; wo Charlatanerie und Pfuscherei frei umherziehen, sind sie nicht gefährlich; wo sie verfolgt werden, gewinnen sie durch die Verfolgung einen blinden Anhang.

Endlich mußte die Logik sich sagen, daß Richter und Anwalt sich ebenbürtig sein müssen, und daß, wenn wir für das Richteramt auf vorgängige Prüfung verzichten können, auch für die Anwaltschaft diese staatliche Fürsorge nicht gerechtfertigt ist. Wenn dort Männer aus dem Volke, nicht unwissend, aber ungelehrt, mit gesundem Urtheile und reicher Erfahrung als Richter das Vertrauen des Volkes genießen, so wird der Eintritt solcher Männer in den Advokatenstand auch ohne Prüfung stattfinden dürfen.

Damit ist das Volk zu der alten deutschen Anschauung zurückgekehrt, daß jeder freie und unbescholtene Mann das Wort eines Andern reden dürfe."

Ein hochgeschätzter Kollege aus St. Gallen theilt mir über die dortigen Verhältnisse mit, daß die Advokatur im Kanton St. Gallen seit dessen Bestand frei ist und daß Niemand daran denkt, hierin eine Aenderung vorzunehmen. Eine am 8. Mai 1813 erlassene Advokatenordnung bestimmt in Ziffer 4: „Von Jedem, der den Beruf als Advokat betreiben will, wird erwartet, daß er von den Kantonsgesetzen, dessen Rechten und Uebungen und den Gerichtsordnungen behörige und hinlängliche Kenntniß besitze." Dieser Wunsch ist in der Weise thatsächlich in Erfüllung gegangen, daß nur wissenschaftlich gebildete Leute, welche Gymnasial- und Universitätsstudien gemacht haben, als Advokaten oder Fürsprecher vor Gericht auftreten und daß die sogenannten Agenten es nicht wagen, denselben dort gegenüber zu treten. —

Es muß indessen untersucht werden, ob die Gründe, welche für Zürich und St. Gallen gelten mögen, auch bei uns zutreffen.

In dieser Hinsicht muß zunächst dem Unterschied im Volkscharakter eine gewisse Bedeutung zugestanden werden. Der St. Galler wie der Zürcher sind schlagfertiger, raschern Geistes, gewandter im Auftreten, sicherer im Entschluß, auch leichtlebiger, als der langsame, bedächtige Berner, der sich gewöhnt hat, Alles zehn Mal hin- und herzulegen, bevor er seine Entscheidung trifft.

Die industriellen und commerciellen Verhältnisse der Ostschweiz drängen mehr zu einem raschen und mündlichen Verfahren, zur Ausdehnung der richterlichen Amtsgewalt, zur Aufhebung polizeilicher und formeller Schranken, als unsere agricolen Verhältnisse. Dies ist insofern von Bedeutung, als ein freies Verfahren, wie wir es überhaupt anstreben, sich bei uns schwerer einbürgern lassen wird, als in der Ostschweiz. Und von dem freien Verfahren hängt auch die Freigebung der Advokatur ab. Es ist ferner von Bedeutung, weil Mißbräuche bei uns weniger rasch geahndet werden und daher häufiger vorkommen als in der Ostschweiz.

Daß aber die Freigebung aus diesen Gründen für uns unzweckmäßig sein sollte, können wir so wenig annehmen, als wir es bezüglich der Einführung eines freiern Verfahrens und besserer Gerichte annehmen können.

Wollen wir auf die in St. Gallen und Zürich gemachten Erfahrungen Rücksicht nehmen, so darf bei Ersterem wieder nicht übersehen werden, daß dasselbe die Freigebung von Anfang an hatte und daß daher dort die Erfahrungen einer Uebergangszeit fehlen. Diese zeigt uns Zürich, welches bis Ende 1874 ungefähr auf unserm Boden stand. Die Klagen des Dr. Meili beziehen sich offenbar auf Zustände, welche die Uebergangszeit mit sich bringen mußte. Sicher ist, daß andere und zwar ebenfalls gebildete Zürcher Anwälte die Dinge nicht so schwarz ansehen und sich durch momentane Unzukömmlichkeiten in ihren Grundsätzen nicht irre machen lassen.

Für Bern würde die Uebergangszeit mindestens ebenso große Unzuträglichkeiten mit sich bringen, wie anderwärts. Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß die Amtsgewalt der Gerichte bei uns bei Weitem nicht so ausgebildet ist, wie ander-

wärts; daß sie auch nicht so bald mit derselben Aktivität auftreten wird, läßt sich erwarten, namentlich für die untern Instanzen.

Auch bei uns werden beschäftigungslose, arbeitsfaule oder verkommene Leute in einer freien Advokatur eine für das Allgemeine nichts weniger als segensreiche Thätigkeit suchen und anfänglich wenigstens auch finden. Diese Winkelagenten treiben ihr Unwesen jetzt schon zum Schaden Derjenigen, welche ihnen in die Garne gehen. Sie würden das Gebiet ihrer Thätigkeit sofort zu erweitern suchen und nur die bessere Einsicht des Publikums würde im Stande sein, sie zu vertreiben. Der im Publikum vorhandene Haß gegen die patentirten Advokaten würde diesen Leuten das Spiel noch erleichtern. Dabei ist die große Apathie und Urtheilslosigkeit eines guten Theils unserer Bevölkerung nicht zu unterschätzen; eine Urtheilslosigkeit, welche die Folge unserer Polizeistaaterei ist.

Es unterliegt danach keinem Zweifel, daß wir anfänglich mit höchst unangenehmen Zuständen zu kämpfen hätten. Die Kniffe und Ränke, die Trölereien und Ferkelstechereien, welche unter anständigen Anwälten nicht vorkommen, würden uns auf Schritt und Tritt verfolgen. Ueber die einfachsten, selbstverständlichsten Dinge, die der gebildete Anwalt mit zwei Worten erledigt oder gar nicht berührt, würden ellenlange Verhandlungen nöthig werden. Die für das Publikum werthvollen Rücksichten der Kollegialität würden in vielen Fällen nicht stattfinden können — kurz, von der gegenwärtigen, im allgemeinen ruhigen, anständigen und angenehmen Praxis würde für die ersten Jahre ein guter Theil verloren sein und darunter würden natürlich wir bisherigen Advokaten und die Gerichte am meisten zu leiden haben. Auch das Publikum würde aber darunter zu leiden haben, da dieses schließlich die Façon bezahlen muß, nach welcher prozedirt wird.

Sollen uns nun diese Mißstände einer mehr oder weniger langen Uebergangszeit abhalten für die Freigebung einzustehen?

Es scheint mir nicht zweifelhaft sein zu können, daß es ein großer Fortschritt wäre, wenn wir St. Gallen's Vorbild erreichen könnten. Die Bedeutung dieses Fortschritts muß gewürdigt

werden, um beurtheilen zu können, ob er die Nachtheile der Uebergangszeit aufwiegt.

Ich erblicke den Werth der Freigebung in erster Linie darin, daß durch sie das Publikum zu selbstständigem Urtheile genöthigt wird. Das Patentsystem erregt bei vielen Leuten den Glauben, als gewähre dasselbe den Schutz gegen mangelhafte Geschäftsführung. Wenn der Staat das Fähigkeitszeugniß ausstellt, warum soll der Einzelne noch lange prüfen? Es ist kein Bedürfniß dazu vorhanden daß der Staat dem Urtheile des Einzelnen vorgreife und mit seiner unfehlbaren Machtvollkommenheit Schranken ziehe, die unserer heutigen Auffassung widersprechen. Wenn Freiheit herrscht, so wird das Publikum veranlaßt, zu prüfen und zu kontrolliren. Es wird nicht nur der Einzelne bei der Wahl seines Anwalts sorgfältiger zu Werke gehen, sondern es wird auch die Gesammtheit eine beständige Kontrolle zu üben sich angewöhnen.

Bittere Erfahrungen mit den oben beschriebenen Winkelagenten werden das Publikum bald zu den tüchtigsten Anwälten hinführen. Mehr als es heute der Fall ist, werden daher Alle, welche den Anwaltsberuf ausüben wollen, darauf angewiesen sein, sich durch Fähigkeit und prompte Geschäftsführung auszuzeichnen. Die freie Konkurrenz muß auch in dieser Hinsicht für den Stand selbst fördernd wirken.

Der Stand der gebildeten Berufsanwälte wird durch die Freigebung auch deßhalb gehoben werden, weil dieselbe ihn nöthigt, gegen Trölereien und unanständige Prozeßführung mit aller Energie aufzutreten. Die gemeinsamen Interessen der guten Juristen werden dieselben zu gemeinsamem Handeln bringen, sie werden sie nöthigen, selbst unter sich Disziplin zu handhaben und Mißbräuche zu ahnden.

Es ist ein Erfahrungssatz, daß die durch Patente geschützten Stände allmälig zurückgehen. Der Nerv eigener Initiative geht ihnen verloren und mit der eigenen Kraft verlieren sie die allgemeine Achtung.

Auch der Haß des Publikums gegen die patentirten Advokaten würde abnehmen. Woher dieser Haß kommt, wurde theil-

weise bereits angedeutet. An dem schlechten Verfahren sind natürlich die Advokaten schuld. Sie sind es, die die Prozesse schleppend und kostspielig führen. Ihnen wird alles in die Schuhe gestoßen, was die Prozeßführung Unangenehmes mit sich bringen mag. Dieser Haß wurzelt nicht zum geringsten Theil in der Eifersucht und in dem Neid, den der Patentschutz in Denjenigen zu erzeugen pflegt, welche dieses Schutzes nicht theilhaftig sind. Wenn sich Jeder, der jetzt gerne möchte, der bestehenden Beschränkung wegen aber nicht kann, einmal vor Gericht versuchen dürfte, ein guter Theil der Schreier und Stimmungsmacher würde sofort verstummen.

Schließlich sehe ich nicht ein, weßhalb sich die Advokatur von andern Gewerben in dieser Richtung unterscheiden soll. Ich sehe das auch beim ärztlichen Beruf nicht ein und halte dafür, daß der innere Werth eines Standes die Garantie für die Erfüllung der demselben auffallenden Pflichten geben muß und daß dieser Werth nicht durch das Patent geschaffen wird, sondern daß er ohne dasselbe und trotz desselben bestehen oder nicht bestehen kann. Wir haben unter dem Patentschutz Anwälte gesehen, die diesen Namen nicht verdienen und wir werden auch ohne Patentschutz Anwälte aufzuweisen haben, die diesen Namen mit Auszeichnnng tragen. Also weg mit der mittelalterlichen Bevormundung und einem Scheinschutz, der nur zu Irrthümern Anlaß geben kann. —

Um die Vortheile der Freigebung wirklich zur Geltung gelangen zu lassen, müssen aber gewisse Voraussetzungen vorhanden sein.

Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß das Verfahren ein freies, im Wesentlichen mündliches sein muß. Ein schriftliches Verfahren gewährt der Trölerei zu viel Spielraum und dem Richter zu wenig Macht sie zu verhüten; ein formelles Verfahren gibt zu denselben Schwierigkeiten Anlaß und gestattet nicht, einem etwas unbeholfenen Vertreter durchzuhelfen.

Ferner ist zu betonen, daß die Freigebung absolut fordert, daß die Verhandlungen durchgehends vom Richter geleitet werden, daß der Richter die Parteithätigkeit kontrollire und daß er nö-

thigenfalls korrigirend und leitend in dieselbe eingreife. Das setzt, wie die Mündlichkeit, gute, über den Vertretern der Parteien stehende Richter voraus.

Sodann müßten gegeben werden schützende Bestimmungen über Vollmachten, Entfernung unfähiger Vertreter ꝛc., etwa nach dem Muster Zürich's. Endlich ausgedehnte Disziplinarbefugnisse. —

Unter diesen Voraussetzungen sollte sich die Sache wagen lassen. Auch die Uebergangszeit würde sich voraussichtlich verhältnißmäßig rasch abwickeln. Die Nachtheile, die sie nothwendig mit sich bringt, würden weit überwogen durch die Vortheile, welche die Freiheit gewährt. Schließlich würde eben doch das Resultat das sein müssen, daß gebildete Anwälte in allen schwierigen Fragen beigezogen würden und in einfachen Geschäften hat ihr Wegbleiben keinen Nachtheil. Das Verfahren, die Richter, die Anwälte und das Publikum würden bei der Sache gewinnen.

Kehren wir also zu dem alt-deutschen Satze zurück, daß jeder unbescholtene Mann das Wort eines Andern reden darf. —

Zum Schlusse müssen noch einige Fragen berührt werden, welche sich an die Freigebung nothwendig anschließen würden.

Es würde sich im Falle der Freigebung der Advokatur zunächst die Frage bieten, ob fakultative Prüfungen beibehalten werden sollen, oder nicht. Ich würde die Frage bejahen. Eltern und Studirende müssen wünschen, daß eine solche Gelegenheit geboten werde, den Erfolg gemachter Studien zu erproben. Unbedingt würden solche Prüfungen die Erhaltung und Heranbildung einer Anzahl wirklich gebildeter Juristen fördern.

Ferner würde es sich fragen, ob für die Richter solche oder ähnliche Prüfungen verlangt werden sollen. Die Frage hat sich unabhängig von derjenigen der Freigebung bei uns bereits präsentirt. Ihre Beantwortung steht in innigstem Zusammenhange mit der gesammten Gerichtsorganisation und wird je nach dieser letztern so oder anders ausfallen müssen. Ich würde die Garantie für einen tüchtigen Richterstand in erster Linie in der Wahlbehörde und in der Gerichtsorganisation suchen und weniger in einer Prüfung von mehr oder minder zweifelhaftem Werthe. —

Meine Herren! Von diesen Gesichtspunkten aus sollte nach meinem Dafürhalten die Frage der Freigebung der Advokatur geprüft und erörtert werden. Ich halte die Frage heute noch keineswegs für eine spruchreife. Der Diskussion werth ist sie aber, und wenn es mir gelungen ist, die Diskussion darüber wach zu rufen, so habe ich meinen Zweck erreicht. —

So der Referent. Sein Wunsch ging in Erfüllung, indem sich rasch eine ziemlich belebte und eingehende Diskussion entspann, in welcher die Ansicht des Referenten Freunde und Gegner fand. (Forts. folgt.)

# Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Luzern vom Jahre 1881.

Mitgetheilt von Oberrichter Dr. Carl Attenhofer.

(Fortsetzung.)

**10. Actio pauliana. Dieselbe ist in objektiver Hinsicht nicht durch Veräußerung der Sache unter dem wahren Werthe bedingt. Subjektive Voraussetzung dieser Klage bei einem onerosen (belästigenden) Rechtsgeschäfte.**

Senn H. hatte im Jahre 1878 mit mehreren Landwirthen einen Vertrag abgeschlossen, gemäß welchem die Letzteren die Milch in die Käserei des Ersteren zu liefern hatten. Im betreffenden Vertrage war folgende Bestimmung enthalten: „In Abgang von Sicherung oder Bürgschaft haftet den Milchlieferanten für ihre je ausstehenden Restanzen als Sicherung die sämmtliche Inventur des Sennes, sowie die sämmtlichen vorhandenen Käse, jedoch unter der Bedingung, daß der Senn dieselben selber besorgen muß und zu jeder Zeit verkaufen kann, hievon aber die Milchlieferanten in Kenntniß setzen muß, welche sich alsdann zu erklären haben, ob der Senn die Gelder der verkauften Käse selbst beziehen oder den Lieferanten für ihre rückständigen Zahlungen abtreten müsse."

Dieser Vertrag wurde u. A. von den gegenwärtigen Klägern Joh. Georg B. und Kaspar Sch. und den beklagten Gebrüdern H. als Milchlieferanten unterschrieben.

In Folge Aufrechnung vom 21. Januar 1879 wurde über Senn H. im März d. J. der Konkurs publizirt, in welchem die Forderung der Kläger für seit August 1878 gelieferte Milch im Betrage von über 1000 Fr. zu Verlurst ging. Vor der Aufrechnung, bezw. am 29. November 1878, wurden von Senn H. den beklagten Brüdern H. 47 Stück Käse für eine Forderung von Fr. 1092, welche dieselben an Ersterem für gelieferte Milch hatten, abgetreten und bald darauf übergeben.

Die Kläger Johann Georg B. und Kaspar Sch. verlangen nun unter Anderm, gestützt darauf, daß die Voraussetzungen der actio pauliana vorliegend zutreffen, es sollen die Beklagten Gebrüder H. gerichtlich angehalten werden, die 47 Stück Käse, nunmehr den Steigerungserlös im Betrage von Fr. 1069, an die Konkursmasse des Sennen H. herauszugeben.

Von der Beklagtschaft wird Abweisung des klägerischen Begehrens verlangt und zu diesem Behufe u. A. geltend gemacht, daß die Voraussetzungen der actio pauliana nicht Platz greifen, weil die betreffenden Käse nicht unter dem wahren Werthe den Beklagten hingegeben wurden und der Veräußerer, Senn H., zur Zeit der Abtretung nicht im Zustande der Insolvenz sich befunden habe, da in diesem Momente keine Betreibung auf demselben lastete, und eventuell, wenn dieses auch der Fall gewesen, die Beklagtschaft von dieser Insolvenz keine Kenntniß gehabt habe.

Obergerichtlich wurden die Beklagten angehalten, die 47 Stück Käse, resp. den betreffenden Steigerungserlös, zu Handen der Konkursmasse des Sennen H. herauszugeben.

### Motive:

Zur Begründung der actio pauliana sind vorliegend sowohl die objektiven als auch die subjektiven Voraussetzungen gegeben. In objektiver Hinsicht ist erstellt, daß durch die betreffende Veräußerung resp. Verabwandlung der Käse des Sennen H. an die Beklagten die übrigen Kreditoren des Veräußerers benachtheiligt worden sind. Es ist zwar allerdings richtig, daß die betreffenden Käse, welche an Zahlungsstatt den Beklagten hingegeben, von den Letztern nicht unter dem wahren Werthe angenommen worden. Aus diesem Umstande folgt aber noch nicht, daß der Annahme der paulianischen Klage in objektiver Hinsicht ein rechtliches Hinderniß entgegenstehe. Denn der Eintritt des Erfolges der fraudulösen Handlung ist nicht dadurch bedingt, daß das betreffende Rechtsgeschäft gerade in dem

Momente, wo es eingegangen, eine Veränderung des Vermögens des Schuldners herbeiführt, sondern ist vielmehr davon abhängig, daß zur Zeit des Konkursausbruches das an die Stelle des veräußerten Objektes getretene Aequivalent nicht mehr in der Masse sich befindet. Vorliegend jedoch, wo der Titel der Veräußerung eine datio in solutum — Hingabe an Zahlungsstatt — enthält, wo also nach der Natur dieses Rechtsgeschäftes zur Zeit des Konkursausbruches das an die Stelle des veräußerten Objektes getretene Aequivalent nicht in der Masse sein kann, ist es für die Begründung der actio pauliana in objektiver Hinsicht vollständig gleichgültig, ob die Beklagten die fraglichen Käse zu dem vollen Werthe angenommen haben oder nicht. Es wird sich daher des weitern noch fragen, ob auch die subjektiven Voraussetzungen dieser Klage hier zutreffen. Da ein rein oneroses Rechtsgeschäft — Hingabe an Zahlungsstatt — vorliegt, so ist in dieser Hinsicht die Frage zu lösen, ob beidseitig auf Seite des Gebers sowohl als des Empfängers, dolos, resp. in der Absicht gehandelt wurde, die übrigen Gläubiger zu verkürzen.

Bezüglich der Person des Sennen H., des Gebers, so hat derselbe, indem er ohne Anzeige an die Kläger als Milchlieferanten die fraglichen Käse den Beklagten an Zahlungsstatt abtrat, den klaren Bestimmungen des Milchlieferungsvertrages vom 22. Oktober 1877, bezw. des Nachtrages zu demselben, zuwider gehandelt, wodurch fixirt worden war, daß diese Käse den Lieferanten haften, und daß H. bei vorhabendem Verkaufe den Lieferanten Anzeige zu machen habe. Hieraus und gestützt auf den weitern Umstand, daß Senn H. in Folge des betreffenden Dispositionsaktes seine Insolvenz offenbar herbeiführte, kann nach hierortiger Ansicht auf den animus fraudandi des H., resp. auf die Absicht desselben, einige Gläubiger auf Kosten Anderer zu begünstigen, geschlossen werden. Nun wird allerdings von Seite der Beklagtschaft behauptet, im Momente der Veräußerung sei H. nicht insolvent gewesen. Dieser Einwand ist sofern richtig, als H. zu jener Zeit nicht betrieben war. Aber es hat derselbe — wie gesagt — durch die angefochtene Veräußerung seine I n s o l v e n z herbeigeführt, indem, wie der am 8. März 1879 über Senn H. ergangene Konkurs erzeigte, außer fraglichen Käsen sozusagen kein Guthaben vorhanden war. Der Natur der Sache gemäß, wie nach der Doktrin (vergl. dießfalls insbesondere Windscheid, Pandekten, 4. Auflage, § 463 Anm. 10), macht es jedoch für die Anwendbarkeit der actio pauliana keinen Unterschied, ob der Schuldner im Momente der Entäußerungshandlung bereits zahlungsunfähig war, oder aber,

ob diese Entäußerungshandlung seine Zahlungsunfähigkeit zur nothwendigen Folge hatte, resp. bedingte.

Für die Annahme endlich, daß auch die Beklagten bei fraglichem Rechtsgeschäfte participes fraudis waren, resp. die betrügerische Absicht der Vermögensentäußerung gekannt, sprechen, abgesehen davon, daß dieselben von der Verpflichtung des Sennen H. zur Kenntnißgabe von der Veräußerung an die übrigen Lieferanten, also auch an die Kläger, wissen mußten, ohne eine solche Kenntnißgabe zu veranlassen, auch die Art und Weise, wie der Transport fraglicher Käse aus den Lokalitäten des H. in ihre Behausung vorgenommen wurde, nämlich heimlich und zur Nachtzeit, und der verdächtige Ort der Aufbewahrung in ihrer (der Beklagten) Wohnung, indem selbe nicht etwa im Keller, sondern in einem Nebenzimmer („Stübli") verwahrt und gleichsam versteckt wurden (vergl. Zeugniß der Elis. und des Peter R.

Es sind somit die Voraussetzungen der actio pauliana nach allen Richtungen, in objektiver wie in subjektiver Beziehung, auf Seite des Cridars wie der Drittpersonen (Beklagten), gegeben.

### 11. Zur Frage des gesetzlichen Eherechtes der Wittwe des Erblassers. — Anfechtung eines Vertrages, der zwischen der Wittwe des Erblassers und den übrigen Erben geschlossen, gemäß welchem eine letztwillige Verordnung zu Gunsten der Ersteren hinfällig werden soll aus Grund der læsio enormis.

Unterm 20. Juni 1872 war zwischen Magdalena Sch. und deren Ehemann Anton Sch., welcher keine Deszendenten hatte, eine letzte Willensverordnung zu Stande gekommen, wonach dem überlebenden Ehegatten das sämmtliche Vermögen des erststerbenden Ehegatten zu lebenslänglicher Nutznießung zufallen soll.

Am 22. Jänner 1879 starb Anton Sch.

An dem in der Folge über ihn ausgeschriebenen Schuldenrufe forderte Klägerin:

a) als zugebrachtes Gut 1517 Fr. 50 Ct.;
b) die Nutznießung an sämmtlichem Vermögen laut Testament;
c) das gesetzliche Eherecht.

Unterm 4. März 1880 kam sodann zwischen Magdalena Sch. und den Erben ihres Ehemannes ein Vertrag zu Stande, gemäß welchem Erstere erhalten soll:

a) als zugebrachtes Gut Fr. 1387 —;
b) ein Nutznießungskapital von Fr. 5000 —.

Als nun Magdalena Sch. neben diesem Vertrage auch das gesetzl. Eherecht nach § 418 des b. G.-B. beanspruchen wollte, weigerten sich die übrigen Erben des Anton Sch., diesen Anspruch anzuerkennen, und forderten sie mit Provocation vom 15. Mai 1880 auf, ihre Erbsansprüche neben dem Vertrage vom 4. März 1880 gerichtlich einzuklagen. Demgemäß stellt nun Magdalena Sch. in erster Linie das Begehren auf Anerkennung ihres gesetzlichen Eherechtes neben dem Vertrage vom 4. März 1880, oder aber sei dieser Vertrag wegen Uebertruf über die Hälfte aufzuheben und habe wieder die Willensverordnung vom 22. Juni 1872 Platz zu greifen.

Beklagte bestreiten sowohl das eine wie das andere dieser Begehren.

Obergerichtlich wurde erkennt:

1. die Beklagten seien nicht gehalten, das gesetzliche Eherecht der Klägerin an der Hinterlassenschaft des Anton Sch. sel. neben dem Vertrage vom 4. März 1880 anzuerkennen;
2. dagegen sei der Vertrag vom 4. März 1880 aufgehoben und habe die letzte Willensverordnung vom 20. Juni 1872 Platz zu greifen.

Motive:

Wenn nun vorab zu prüfen ist, ob der Klägerin neben dem Vertrage vom 4. März 1880 noch das gesetzl. Eherecht, d. h. vorliegend $^1/_4$ der Hinterlassenschaft zu Eigenthum zustehe, so ist einerseits zu konstatiren, daß der Vertrag selbst eine Verfügung hierüber nicht getroffen hat. Durch denselben wollte offenbar festgesetzt werden, was Klägerin als zugebrachtes Gut und als Nutznießung erhalten sollte; von einem gesetzlichen Erbrechte ist aber darin weiter nicht die Rede. Es ist daher dieses Begehren vorab durch den Vertrag vom 4. März 1880 nicht gerechtfertiget.

Allein dieses Begehren ist auch im Gesetze nicht begründet. Da der Erblasser keine Deszendenten, sondern als Blutsverwandte nur Erben zweiter Klasse hinterlassen, so erscheint die Wittwe Sch. gemäß § 418 Abs. 2 und § 389 des b. G.-B. allerdings als *gesetzliche* Erbin zu einem Viertheil der Verlassenschaft. Allein schon gemäß § 385 des b. G.-B. findet die gesetzliche Erbfolge nur „soweit statt, als nicht rechtsgültige Willenserklärungen des Erblassers oder gültige Erbverträge anders verfügen.“ In Beziehung auf das „Erbrecht der Ehegatten“ wird

der gleiche Grundsatz in § 418 Abs. 1 des b. G.-B. durch die Worte „in Abgang einer letztwilligen Verordnung oder eines Erbvertrages" noch ausdrücklich wiederholt und daß derselbe auch für die Fälle in Abs. 2 dieses Artikels Platz greife, ergiebt sich sowohl aus der Verbindung, in welcher die beiden Absätze zu einander stehen, als auch aus der Absicht des Gesetzgebers, der gemäß § 429 des b. G.-B. dießfalls die Befugniß des Erblassers nur insoweit beschränken will, daß Letzterer dem Ehegatten, mit dem er in keinem Erbvertrage steht, wenigstens einen Viertheil der Verlassenschaft als Nutznießung zukommen lassen muß. Nun liegt in vorwürfigem Falle eine als rechtsgültig anerkannte letzte Willensverordnung des Anton Sch. sel. vor, gemäß welcher der überlebenden Ehefrau wohl das sämmtliche Vermögen des Erblassers „zur lebenslänglichen Nutznießung", nicht aber auch theilweise zu Eigenthum zugeschieden wird.

Bei Prüfung der zweiten Frage, resp. ob der Vertrag vom 4. März 1880 wegen Uebertruf über die Hälfte aufzuheben sei und die Willensverordnung vom 22. Juni 1872 Platz greife, fällt in Betracht:

Laut Rechnung über das gemeinsame Guthaben der Gebrüder Anton und Niklaus Sch., gestellt auf 1. Dezember 1880 und von den Erben wie von der Wittwe Sch. den 7. Dezember 1880 unterschriftlich genehmiget, zeigt sich als

| | | |
|---|---|---|
| reines Guthaben . . . . . . . . | | Fr. 23,467. 34 |
| hiezu Forderung auf Gebrüder L. . . . | | „ 1,095. — |
| zusammen | | Fr. 24,562. 34 |
| Hievon betrifft es der Masse des Anton Sch. die Hälfte mit. . . . . . . | | Fr. 12,281. 17 |
| Hiezu vor Obergericht von den Beklagten anerkannte Vergütung wegen unter ihnen schon vor der Rechnungsablage erfolgten Theilung von Guthaben . . . . . . . . . | | „ 200. — |
| Zusammen | | Fr. 12,481. 17 |
| Hievon ab: | | |
| a) Laut Zugeständniß der Klägerin wegen Mehrausgaben und Mehrschulden, die einzig der Erbsmasse des Anton Sch. zur Last fallen . . . | Fr. 216. 42, | |
| Uebertrag | Fr. 216. 42 | Fr. 12,481. 17 |

| | | |
|---|---|---|
| Uebertrag | Fr. 216. 42 | Fr. 12,481. 17 |
| b) das laut Zugabe der Beklagten und Bescheinigung der Gemeinderaths-Kanzlei Flühli von der Ehefrau zugebrachte Guthaben . . | „ 788. 50, | |
| | | „ 1,004. 92 |
| Das Nutznießungskapital der Klägerin würde somit laut letztwilliger Verordnung betragen | | Fr. 11,476. 25 |
| oder aber, bei Nichtberücksichtigung der hier mitberechneten Forderung auf Gebrüder L. von Rate Fr. 574. 50 . . . . . . | | Fr. 10,928. 75 |
| Dagegen sollte Klägerin laut Vertrag vom 4. März 1880 erhalten: | | |
| a) zu Eigenthum, mehr als erwiesenermaßen zugebracht . . . . . . . | | „ 589. 50 |
| b) als Nutznießung . . . . . . | | Fr. 5,000. — |

Eine Mehrnutznießung von Fr. 6,476. 25, bezw. Fr. 5,928. 75 würde aber die Fr. 589. 50 schon nach Ablauf von zwei Jahren mehr als einbringen.

Es liegt somit ein Uebertruf über die Hälfte hinsichtlich des Vertrages vom 4. März 1880 mit Beziehung auf die letzte Willensverordnung vom 22. Juni 1872 vor.

Die Beklagten machen diesem klägerischen Begehren gegenüber einredeweise noch Folgendes geltend:

a) Es handle sich bezüglich des Vertrages vom 4. März 1880 um einen Vergleich, welcher gemäß § 738 des b. G.-B. aus dem Grunde einer Verletznng über die Hälfte nicht angefochten werden könne.

Diese Einrede ist nicht zu hören.

Vorab ist dieselbe erst duplicando, also verspätet, geltend gemacht worden. Allein sie ist auch materiell unbegründet, indem der Vertrag vom 4. März 1880 seiner Form nach in Wirklichkeit nicht als ein Vergleich sich darstellt.

b) Für die Frage des Vermögensbestandes sei der Todestag des Erblassers, bezw. der 4. März 1880, maßgebend. Erst nachher haben die Erben zweiter Klasse durch Unterhandlungen mit Niklaus Sch. und Versprechungen es dahin zu bringen gewußt, daß die ganze unvertheilte Alpweid zur

Versteigerung gelangte. Auf den solchergestalt erzielten Steigerungserlös könne aber Klägerin in keinem Falle sich berufen.

Dem gegenüber ist zu bemerken:

aa) Vorab ist die Massarechnung vom 1. Dez. 1880 von sämmtlichen Erben vorbehaltlos genehmigt worden.

bb) Es ist höchstens wahrscheinlich, daß durch Versteigerung der Gesammtliegenschaft ein Vortheil, resp. Mehrerlös erzielt worden ist.

cc) Im letztern Falle kommt dieser Vortheil immerhin auch den Beklagten zu gut, um so mehr, da Klägerin bloß Nutznießerin ist.

c) Gemäß §§ 392 und 419 des b. G.-B. müßte sich die Wittwe vom Werthe der Liegenschaften $1/4$ abziehen lassen. Mit Rücksicht auf § 385 des b. G.-B. und den Inhalt der letzten Willensverordnung vom 20. Juni 1872 trifft dieses vorliegend nicht zu.

Es erscheint somit das zweite klägerische Begehren als ein begründetes und muß demgemäß der Vertrag vom 4. März 1880 aufgehoben werden und an Stelle desselben die letzte Willensverordnung vom 20. Juni 1872 Platz greifen. (Obergericht 18. Juni, Nr. 1.)

## 12. Einseitige Aufhebung eines Dienstvertrages.

Rudolf S. stellt eine Entschädigungsforderung von 650 Fr. gegen Eduard W. und gründet dieselbe auf die Thatsache, daß Kläger durch Vertrag vom 18. April 1880 von oem Beklagten mit einem Jahresgehalt von 2600 Fr. unter Festsetzung einer vierteljährlichen Kündigungsfrist als Buchhalter angestellt, aus dieser Anstellung dann aber, nachdem er unterm 23. Juni angetreten, schon am 2. Juli 1880 vom Kläger einseitig entlassen worden sei.

Der Beklagte Eduard W. bestreitet diese Entschädigungsforderung unter Anderm wesentlich aus dem Grunde, daß die Entlassung wegen Untauglichkeit und Nachlässigkeit des Klägers erfolgt sei.

Obergerichtlich wurde erkennt, der Beklagte sei gehalten, an Kläger die geforderte Entschädigung von 650 Fr. nebst Verzugszins zu bezahlen.

## Motive:

Der § 547 des b. G.-B. bestimmt in Uebereinstimmung mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen, daß Verträge nach allen Richtungen auf die Art erfüllt werden müssen, wie es zwischen den vertragschließenden Parteien verabredet worden war. Allerdings erleidet dieser allgemeine Grundsatz Ausnahmen, und ist entgegen demselben eine Partei unter der Voraussetzung, welche das Gesetz für das betreffende Rechtsgeschäft vorsieht, auch zu einseitigem Rücktritte vom Vertrage berechtiget.

Im gegebenen Falle handelt es sich um eine Dienstmiethe (locatio conductio operarum). Hiebei lassen die §§ 665 und 668 des bürgerl. Gesetzbuches (per argumentum a contrario) die vorzeitige Entlassung eines Bediensteten durch den Dienstgeber allerdings zu, allein nur sofern „erhebliche Gründe" vorhanden sind. Ohne daß der Gesetzgeber an diesen Stellen näher präzisirt hat, was er unter diesen „erheblichen Gründen" verstanden wissen will, muß als solcher in Herbeiziehung des in § 649 Ziff. 1 l. c. für die Sachmiethe aufgestellten Grundsatzes insbesondere auch der Umstand angesehen werden, daß der Bedienstete seinen ihm obliegenden Verrichtungen entweder nicht nachkommen kann (Untauglichkeit) oder nicht nachkommen will (Nachlässigkeit u. s. w.)

Im gegebenen Falle wird dem Kläger sowohl das Eine als das Andere zur Last gelegt.

In dieser Richtung hat Beklagter einen Beweis mittelst Experten geführt, welche nach Einsichtnahme von den klägerischen Arbeiten die Frage zu beantworten hatten, ob Kläger der Stelle eines Buchhalters gewachsen war oder nicht?

Der daherige Beweis hatte aber ein durchaus negatives Resultat, indem die Experten sowohl auf Ansinnen als Gegenansinnen 4 erklären, „daß bei der frühzeitigen Entlassung des Klägers und aus den vorgelegenen Arbeiten sich absolut nicht mit Sicherheit beurtheilen lasse, ob Kläger den Anforderungen eines Buchhalters gewachsen sei oder nicht." Wenn die Experten auf Gegenfrage 1 erklären, sie seien zu der Ansicht gekommen, daß Kläger „im besten Falle sich nur langsam und schwerfällig in den Geschäftsgang hineingearbeitet hätte," so kann dieses Angesichts der oben angeführten wiederholten Erklärungen keinen Beweis für die behauptete Untauglichkeit des Klägers bilden

Dem außergerichtlichen „Gutachten" der Buchhalter J. B. und D. Z. (Bekl. Bel. 3) kommt — abgesehen von der Stellung der Deponenten zum Beklagten — als bloßem schriftlichem Privatzeugniß keine Beweiskraft zu.

Zur Frage, ob dem Kläger ein Verschulden hinsichtlich der unter Ziffer 2 des Vertrages noch ausdrücklich zugesagten „Gewissenhaftigkeit und Pünktlichkeit“ in Besorgung seiner Arbeiten zur Last falle, ist Folgendes zu bemerken:

Nach dem Befunde der Experten hat sich Kläger in der Buchführung während seiner Anstellungszeit einige Fehler zu Schulden kommen lassen. Hiebei hangen zwei Fehler mit einander zusammen (unrichtige Einträge im Debitoren-Contocorrent); ein weiterer Fehler könne nicht mit Bestimmtheit dem Kläger zur Last geschrieben werden (Buchung des Brutto-Betrages statt des Netto-Betrages); ein weiteres Versehen (bei Posten Sommerhalter im Debitoren-Contocorrent) sei ohne jede Bedeutung, und ein ferneres Versehen (auf Journal Fol. 299) sei leicht verzeihlich. Im Allgemeinen erklären die Experten: „Die vorgekommenen unrichtigen Eintragungen können keine wesentlichen Rückstände und Lücken in der Buchführung zur Folge gehabt haben, so wie solche auch nicht erhebliche Störungen im Geschäftsgange haben verursachen können.“ (Auf Frage 8). Wenn die Experten bezüglich des hauptsächlich gerügten Fehlers — Offenbelassen einer weißen Blattseite im Journal — erklären, es könnte hiedurch die Beweiskraft des Buches bei allfälliger Bestreitung von Buchforderungen in Frage gestellt werden, so ist diese Befürchtung nur theilweise begründet, indem immerhin die Strazze das ursprüngliche Material bildet. Zudem seien nach Erklärung der Experten „mit der Neubesetzung einer Buchhalterstelle .... immer einige Inkonvenienzen verbunden, die sich nicht nur auf Tage, sondern oft auf Wochen erstrecken“ (auf Frage 5).

Das Gutachten der Experten selbst faßt die dem Kläger zur Last gelegten Fehler nicht als solche Verstöße auf, welche eine grobe Vernachlässigung der übernommenen Verpflichtungen involviren können, zumal sie erklären, daß diese Fehler außerdem zum Theile mit der besondern beklagtischen Buchführungsmethode im Zusammenhange stehen. Es erscheint daher die einseitige Vertragsauflösung auch aus diesem Gesichtspunkte nicht als zureichend gerechtfertiget. (Obergericht, 14. Juli Nr. III.)

### 13. Zur Frage der Rechtskraft eines erstinstanzlichen Urtheils in einem Ehescheidungsprozeß.

Vom Bezirksgericht Luzern wurde unterm 5. Februar 1881 in dem Ehescheidungsprozesse zwischen Rudolf B., Kläger, und der Maria R., Beklagte, erkennt:

1. die von den Litiganten unterm 12. Mai 1877 eingegangene Ehe sei gerichtlich geschieden;
2. der aus der Ehe hervorgegangene Sohn, Namens Joseph Anton B., sei dem Kläger zur Erziehung und Verpflegung zugesprochen;
3. die Beklagte sei nicht gehalten, dem Kläger eine Entschädigung von Fr. 4000 zu leisten, Kläger aber auch seinerseits nicht gehalten, der Beklagten eine jährliche Aversalsumme von Fr. 1500 zu bezahlen.

Dieses erstinstanzliche Urtheil wurde den 23. Feb. 1881 den Ptareien rechtlich zugestellt und daraufhin von der Beklagtschaft rechtzeitig (12. März) die Apellation erklärt. Unterm 15. März 1881 starb nun der Kläger Rudolf B.

Beim Appellationsvorstande verlangte die Beklagte und Appellantin, da inzwischen der Tod des Klägers eingetreten, so sei der Prozeß als gegenstandlos zu erklären. Gegen diesen Antrag wird von Seite des Vertreters der Erben des verstorbenen Klägers opponirt. Nach der Anschauung des Letzteren ist das erstinstanzliche Urtheil in Rechtskraft erwachsen, indem es der Beklagten nicht mehr möglich sei eine Abänderung desselben herbeizuführen. Hieraus aber ergebe sich, daß der Streit über die Folgen der ausgesprochenen Scheidung, als Entschädigungsfrage 2c., nicht gegenstandlos geworden.

Obergerichtlich wurde nun vorliegender Prozeß als gegenstandlos erklärt.

## Motive:

Die Frage, ob der vorliegende Prozeß als gegenstandslos zu erklären sei, wird präjudizirt von der weitern Frage, ob und in wiefern das erstinstanzliche Urtheil die Rechtskraft beschritten habe. Bei Beantwortung dieser letztern Frage ist zu beachten, daß man es vorliegend nicht mit einem gewöhnlichen Civilprozesse, sondern mit einem Ehescheidungsprozesse zu thun hat, dessen Gegenstand nach Art. 45 u. ff. des Bundesgesetzes betreffend Feststellung und Beurkundung des Civilstandes und die Ehe gerade bezüglich der Hauptfrage der Scheidung der beliebigen Disposition der Parteien nicht unterworfen ist. Ist nun aber dies der Fall, so konnte selbst der Umstand, daß vorliegend beide Parteien mit Trennung der Ehe einverstanden waren, für den erstinstanzlichen Richter insofern nicht von maßgebender Bedeutung sein, als derselbe trotzdem verbunden war, diesen Punkt, und zwar in erster Linie, in die Rechtsfrage aufzunehmen und darüber zu erkennen, weil eben bezüglich der Ehescheidungsfrage nicht nach der Verhand-

lungsmaxime prozessirt werden kann. Abgesehen nun davon, in wiefern der Appellationsrichter bei einer nur theilweisen Appellation seine Cognition auf die appellirten Punkte zu beschränken hätte oder nicht, so ist vorliegend das erstinstanzliche Urtheil seinem ganzen Inhalte nach zur Apellation erklärt worden. Es kann daher von einer Rechtskraftsbeschreitung des erstinstanzlichen Urtheils in irgend einem Punkte nicht die Rede sein. Wenn demnach das erstinstanzliche Urtheil in keiner Richtung die Rechtskraft beschritten hat, so ergibt sich als logische Consequenz, daß die Ehe der ursprünglichen Litiganten bis zum Tode des Klägers Rudolf B. fortbestanden hat. Von diesem Momente an hat sie allerdings aufgehört zu existiren. Folgerichtig kann aber nunmehr von einer richterlichen Scheidung nicht mehr die Rede sein, indem die dem Richter unterbreitete Frage bereits durch den Tod des einen Ehegatten gelöst ist. Mit der Hauptsache bezw. der Ehescheidungsfrage müssen aber der Natur der Sache gemäß auch alle Folgen bezw. Accessorien dahinfallen und kann der hierseitige Richter sich weder in der einen noch in der andern Beziehung zu einer materiellen Cognition weiter veranlaßt finden. (Obergericht den 27. Sept. Nr. XV.)

## 14. Zur Frage der Beweiskraft des Depositalkassabuches.

Wittwe G. verlangt gerichtliche Beschützung der von ihr am Konkurse ihres Ehemannes Jos. G. sel. angemeldeten Forderung für von diesem bezogenes Frauengut laut Klagespezifikation von 14 Posten im Gesammtbetrage von 12,668 Fr. 13 Ct. Zur Aufrechtstellung ihrer Forderung beruft sich Klägerin gegenüber der von den beklagtischen Konkurskreditoren erhobenen Bestreitung nebst Anderem hauptsächlich auf das Depositalkassabuch der Gemeinde S., worin die Herausgabe des Guthabens von ihrem verstorbenen Ehemann sich eingetragen finde. Dieses Depositalkassabuch sei eine öffentliche Urkunde und genießen die Eintragungen in dasselbe daher vollen Glauben. Die Beklagten anerkennen in ihrer Rechtsantwort nur diejenigen Posten, für welche Jos. G. quittirt hatte, während sie im Uebrigen auf Abweisung der Klage schließen, indem das Depositalkassabuch allerdings die Einlage des Guthabens, nicht aber die Herausgabe desselben beweise, da die Depositalkassaverwaltung nicht sich selbst quittiren könne.

Obergerichtlich wurde nun Klägerin betreffs des Guthabens, für dessen Aushinfolge lediglich nur die Eintragung in das Depositalkassabuch vorlag, nicht beschützt.

Motive:

Es ist grundsätzlich davon auszugehen, daß die bloße Eintragung in das Depositalkassenbuch, „es sei ein Guthabensposten von der Verwaltung wieder ausgefolgt worden", an und für sich noch keinen vollen Beweis für diese Aushingabe bilden kann. Allerdings kann das Depositalkassabuch als eine öffentliche Urkunde aufgefaßt werden, allein da die Verwaltung für die Wiederaushingabe des eingelangten Guthabens persönlich haftet, kann nach dem Grundsatze, daß Niemand sich selbst quittiren kann, die bloße Vormerkung im Kassabuch, es sei das Guthaben wieder ausgefolgt, keinen rechtsgültigen Beweis für die Aushingabe, d. h. für die Befreiung der Verwaltung von ihrer Verbindlichkeit bilden. Eine gegentheilige Anschauung würde ebenso sehr der Natur der Sache widersprechen, wie sie zugleich das Publikum im hohen Maße gefährden würde. Zudem schreibt der § 19 des Gesetzes über die Depositalkassen vor, daß die Kassenverwalter für hinausgegebene Gegenstände von ihrem Empfänger sich eine ordentliche Quittung ausstellen lassen sollen. Hiedurch ist allerdings nicht ausgeschlossen, daß der Beweis für die Ausfolgung des Guthabens neben dem Eintrage im Depositalkassabuche auch durch andere Beweismittel als durch eine rechtsförmliche Quittung erstellt, d. h. jener Eintrag durch Indizien unterstützt werden kann. (Obergericht, 14. Okt. Nr. III.)

**15. Wesentlicher Irrthum. Bei Anfechtung eines Vertrages wegen wesentlichen Irrthums kömmt es auf die Entschuldbarkeit desselben nicht an.**

Das Geschäftsbureau X. als Besitzer eines Zahlungsbriefes auf Liegenschaft G. des am 14. Oktober konkursirten Anton Sch. stellt folgende Rechtsbegehren:

„Es sei Franz B. bei dem Angebote zu behaften, welches er in Gemäßheit einer Aufforderung der Gerichtskanzlei E., entweder eine von besagter Liegenschaft früher gekaufte Parzelle Land einzuwerfen, oder aber die nichtgedeckten Hypotheken gutzubieten, unterm 21. November 1880 auf besagter Gerichtskanzlei abgegeben und wodurch er das sämmtliche Verschriebene gutzubieten erklärte, eventuell: der Beklagte habe die fragliche Liegenschaft um die Summe von 56,634 Fr. 71 Rp. zu übernehmen."

Der Beklagte schließt auf Abweisung dieses Begehrens, indem er zur Begründung seines Rechtsschlusses u. A. geltend macht: das erwähnte Gutbot beruhe auf Irrthum. Gemäß Eröffnung des Massabestandes am Konkurstage hätte nämlich das Verschriebene auf fraglicher Liegenschaft bloß 56,634 Fr. 71 Rp. betragen; er sei, gestützt hierauf, in der Beglaubigung gewesen, die Liegenschaft um die ebengenannte Summe (Schulden in I. und II. Klasse nicht berechnet, zu erwerben. In der Folge hätte es sich aber gezeigt, daß jene Eröffnung eine unrichtige war und das Verschriebene in III. Klasse in Wirklichkeit 4000 Fr. mehr, also 60,634 Fr. 71 Rp. betrage. Nach der Entdeckung jenes Irrthums sei er von dem gemachten Angebote zurückgetreten.

Obergerichtlich wurde die Klägerschaft mit ihrem Rechtsbegehren abgewiesen.

Motive: Es ist erwiesen, daß das Verschriebene am Konkurstage bei Eröffnung des Massabestandes in Folge Nichtaddition einer Gült von 4000 Fr. um diesen Betrag zu niedrig angegeben worden war. Daß der Beklagte in der Folge, bevor das fragliche Gutbot auf der Gerichtskanzlei Entlebuch gemacht wurde, von dem wirklichen Belaufe des Verschriebenen Kenntniß erhalten habe, ist nicht erstellt. Nach den Aussagen der Zeugen Dr. B. und Gerichtsschreiber Z. bezüglich der Verhandlungen bei Anlaß des Gutbotes ist dem Beklagten hiebei einfach auf Befragen erklärt worden, er habe, um nicht einwerfen zu müssen, das gesammte Verschriebene (die letzte Gült von Fr. 3000) gutzubieten. Daß dem Beklagten hiebei der wirkliche Betrag des Verschriebenen genannt wurde, oder derselbe sich hievon aus dem mittlerweile berichtigten Konkursprotokolle überzeugt habe, stellen die Zeugen in Abrede, bezw. können sich dessen nicht erinnern.

Es kann nun keinem Zweifel unterliegen, daß der Irrthum, in welchem Beklagter sich angebrachtermaßen befunden, als ein wesentlicher zu betrachten ist. Der hier in Betracht fallende Irrthum bezieht sich nämlich auf den Kaufpreis. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen wird nun freilich nicht jeder Irrthum, welcher den Kaufpreis berührt, sondern nur derjenige, welcher diesfalls zu einer erheblichen Differenz zwischen dem wirklichen und dem ausgesprochenen Willen führt, als ein wesentlicher betrachtet. (Vergl. auch Art. 19 z. 4 des eidgenössischen Obligationenrechtes.) Daß es sich vorliegend um eine sehr erhebliche Differenz im Kaufpreis handelt, liegt nach dem angeführten faktischen Verhältnisse auf der Hand. Nach § 524 in Verbindung mit 522 des b. G.-B erwächst nun aber aus einem Vertrage, bei welchem ein Theil sich in einem, die Hauptsache oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben be-

treffenden Irrthum befunden, für den betreffenden Theil insoweit keine Verbindlichkeit. Die Erwägung der ersten Instanz, es hätte Beklagter sich von dem wirklichen Betrage des Verschriebenen selbst überzeugen können, trifft nicht zu, indem es auf die Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit des Irrthums, weil dieser als ein wesentlicher erscheint, nicht ankommt, denn der Rechtsgrund, welcher den betreffenden Theil, der sich in einem wesentlichen Irrthum über das abgeschlossene Rechtsgeschäft befunden, von der Verbindlichkeit befreit, beruht einzig und allein darin, daß das Rechtsgeschäft wegen mangelnder Willenseinigung über einen Hauptpunkt nie zur rechtlichen Existenz gelangte.

Kläger sind daher mit ihrem Rechtsbegehren abzuweisen. Und zwar gilt dies auch bezüglich des eventuell gestellten Begehrens um Behaftung des Beklagten bei seinem Angebote bis auf den Betrag von 56,634 Fr. 71 Rp., denn da der Beklagte das fragliche Angebot von Anfang an nur zu dem Zwecke gemacht, um die von ihm gekaufte Landparzelle nicht in die Gantmasse werfen zu müssen, kann derselbe nunmehr auch bei dem Angebote für die Summe von 56,634 Fr. 71 Rp. nicht behaftet werden, nachdem sich gezeigt, daß hiemit das gemeinsam Verschriebene nicht gedeckt, er somit von der Gefahr, sein Grundstück einwerfen zu müssen, nicht befreit sei (Obergericht, 25. Okt. Nr. VIII).

### 16. Schenkung unter Lebenden oder Schenkung von Todeswegen. — Eigenthumsübertragung vermittelst des constitutum possessorium.

Kasp. A. stellte unterm 17. Febr. 1879 zu Gunsten der Katharina H. folgenden Akt aus:

„Abtretung mit constitutum possessorium.

Unterzeichneter tritt hiemit die nachbezeichneten Fahrhabsgegenstände an Jgfr. Katharina H. als Eigenthum ab. Gleichzeitig überträgt er ihr den rechtlichen Besitz der abgetretenen Gegenstände, behält sich aber vor, dieselben bis an sein Lebensende zu benützen."

Folgt Aufzählung der abgetretenen Gegenstände.

Sursee den 17. Febr. 1879.

sig. Kaspar A.

Die Annahme obiger ihr abtretungsweise übergebenen Mobilien beurkundet

sig. Katharina H.

Die Aechtheit obiger Unterschrift des Kaspar A. und der Katharina H., sowie die Richtigkeit der erfolgten Besitzübertragung bezeugt:

Sursee (Datum ut supra).

Der Stadtschreiber:
sig. J. Beck.

Nach dem Tode des Kaspar A. reklamirte nun die Katharina H. von den Erben des Erstern, gestützt auf den oben angeführten Abtretungsakt, die in demselben bezeichneten Fahrhaben als Eigenthum. Die Beklagten machen nun in ihrer Rechtsantwort gegen diese Klage einredeweise geltend:

a) es handle sich vorliegend in Wirklichkeit um eine Schenkung von Todeswegen, der angerufene Akt sei daher gemäß § 570 des b. G.-B. ungültig, weil die Formalitäten eines Testamentes dabei nicht beobachtet worden seien;
b) auch abgesehen hievon fehle der Erwerbsakt, d. h. die rechtliche Besitzesübertragung.

Obergerichtlich wurde Klägerin mit ihrem Begehren beschützt.

Motive:

1. Die Anschauung der Beklagten, es handle sich im gegebenen Falle um eine Schenkung von Todeswegen, ist unstichhaltend. Das Kriterium einer solchen Schenkung von Todeswegen bildet die Einseitigkeit und Widerruflichkeit des betreffenden Willensaktes. Vorliegend handelt es sich aber nach dem Wortlaute und Inhalte des Aktes vom 17. Febr. 1879 um ein durchaus zweiseitiges Rechtsgeschäft, was schon daraus hervorgeht, daß der Willenserklärung des Abtreters eine entsprechende Gegenerklärung der Klägerin nachgetragen ist, wodurch dieselbe erklärt, das ihr abgetretene Mobiliar anzunehmen. Hiemit folgt aber zugleich auch der Ausschluß der einseitigen Widerruflichkeit der Willenserklärung und ist daher diese als eine solche unter Lebenden aufzufassen und zu behandeln.

2. Es frägt sich nun zur Begründung der gestellten Vindikationsklage blos noch, ob eine rechtsgültige Erwerbsart vorhanden sei? Diese Frage ist zu bejahen, und zwar liegt eine Eigenthumsübertragung in Form der „Erklärung" nach § 288 des b. G.-B. (constitutum possessorium) vor. Indem nämlich Abtreter die Erklärung abgibt, den rechtlichen Besitz der abgetretenen Gegenstände der Klägerin zu übertragen, sich jedoch vorbehält, dieselben bis an sein Lebensende zu benutzen, erklärt er implicite zugleich, die abgetretenen Sachen, welche er bisher als Eigenthümer be-

sessen, von nun an im Namen der Uebernehmerin innehaben zu wollen (Ziff. 2 § 288 cit.). Da es sich vorliegend nicht um einen Konkursfall handelt, ist Klägerin bei ihren dergestalt erworbenen Besitzesrechten zu beschützen und die gestellte Vindikationsklage gutzusprechen. — Obergericht 26. Okt., Nr. V.

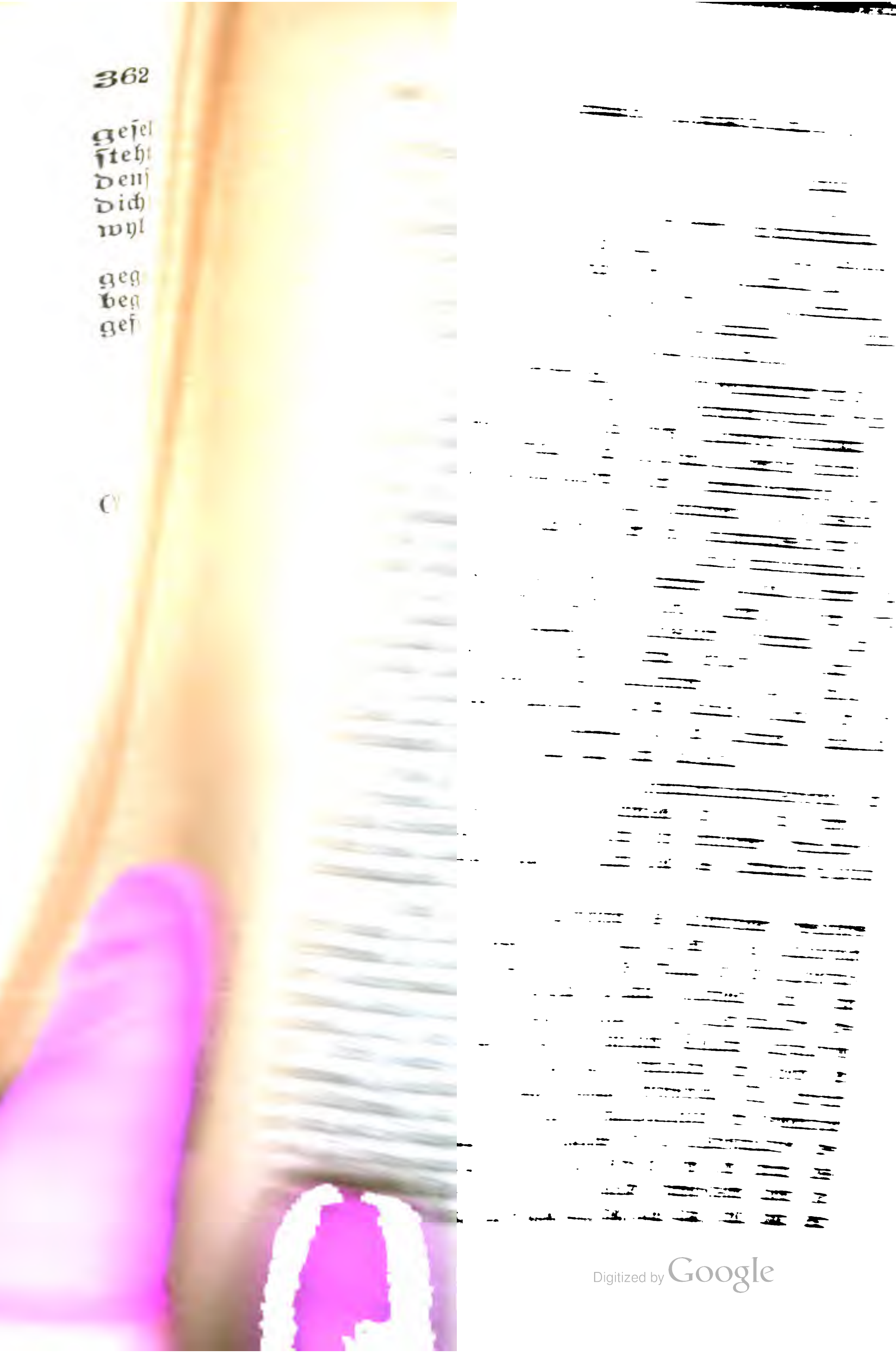
## 17. Zur Frage der Haftbarkeit der Gemeinden für die von denselben gewählten Beamten.

Die Schwestern Barbara und Katharina E. stellen gegen die Gemeinde J. eine Schadensersatzklage von 11,000 Fr. und begründen dieselbe folgendermaßen: Sie hatten zur Zeit ihr eigenthümliches Vermögen, bestehend in Werthschriften im eingeklagten Betrage, dem Gemeinderathspräsidenten und Verwalter Jost Sch. von J. zum Zwecke der Einlage des Guthabens in die dortige Depositalkasse übergeben. In der Folge, bei dem über Jost Sch. unterm 4. Januar 1879 abgehaltenen Konkurse, habe es sich dann herausgestellt, daß die fraglichen Gülten von demselben nicht nur nicht in die Depositalkasse von J. eingelegt, sondern in eigenem Nutzen bei Dritten versetzt worden waren. Unterm 28. Februar 1879 sei denn auch Sch. unter Anderem dieser seiner Handlungen wegen der in Fortsetzung verübten Veruntreuung öffentlichen Gutes schuldig erklärt und hiefür bestraft worden. Da aus dem Vermögen des Konkursiten eine Schadloshaltung der Klägerinnen nicht möglich sei, so habe hiefür die beklagte Gemeinde auf Grund der Bestimmungen des Verantwortlichkeitsgesetzes aufzukommen.

Die beklagte Gemeinde bestreitet vorab mit Nichtwissen, daß Klägerinnen ihr Guthaben angebrachtermaßen an Jost Sch. übergeben; wenn aber auch dem so wäre, so würde hiedurch bloß ein rein persönliches Mandatsverhältniß zwischen Klägerinnen und Jost Sch. begründet worden sein, welches die Eigenschaft des letztern als Gemeinderathspräsident und Verwalter und damit auch die beklagte Gemeinde nicht berühre; eine Haftpflicht der Gemeinde wäre zudem erst dann begründet, wenn das Guthaben der Klägerinnen in die Depositalkasse eingelegt worden wäre und diese sich eine gesetzliche Quittung hierüber verschafft hätten, was vorliegend nicht geschehen sei.

Obergerichtlich wurde die Beklagte angehalten, den eingeklagten Betrag an die Klägerinnen zu bezahlen.

Motive: Vorab ist auf Grund der vorliegenden Akten als erwiesen anzunehmen, daß die Uebergabe der klägerischen



gesel
steht
dens
dich
wyl

geg
beg
ges

(

ngeführten allgemeinen Bestimmung des Verantwortlichkeits-
,esetzes ab.

Die oben gestellte Frage ist zu bejahen.

Gemäß § 3 des Gesetzes über die Depositalkassen sind diese auch zur Aufbewahrung von solchem Guthaben bestimmt, welches „von Personen . . . an dieselben freiwillig zur Verwahrung abgegeben wird." Unbestrittenermaßen war ferner Jost Sch. zur Zeit der Uebergabe der fraglichen Werthtitel Gemeinderathspräsident und Verwalter der beklagten Gemeinde, also dasjenige Organ, welches in erster Linie dazu da war, für die Depositalkasse bestimmte Werthtitel zur Einlage in dieselbe in Empfang zu nehmen. Wenn derselbe sonach die fraglichen Gülten zum angegebenen Zwecke von den Klägerinnen in Empfang genommen und die Einlegung dann in der Folge unterlassen hat, so ist dieses wie jenes in amtlicher Stellung geschehen und ist deßhalb die Gemeinde hiefür subsidiär verantwortlich.

Es könnte sich nun freilich fragen, ob den Klägerinnen dadurch, daß sie unterlassen haben, sich über die Einlage ihres Guthabens eine gesetzliche Quittung der Depositalkassaverwaltung zu verschaffen, ein Verschulden in dem Sinne zur Last falle, daß sie durch Verlangen einer solchen Quittung die Unterschlagung hätten verhindern können.

Allerdings würde durch Verlangen einer solchen Quittung der Empfänger Jost Sch. genöthigt worden sein, die Gülten dem erhaltenen Auftrage gemäß wirklich in die Depositalkasse einzulegen. Allein zu dieser wenn auch in ihrem eigenen Interesse sehr naheliegenden Vorsichtsmaßregel waren Klägerinnen nicht verpflichtet; aus dem Wortlaute der §§ 12 und 20 des Gesetzes über die Depositalkassen geht klar hervor, daß die in diesen Gesetzesstellen vorgesehenen Quittungen zunächst lediglich als Ausweise für die Einleger aufzufassen sind, welche diese in ihrem Interesse zu fordern berechtigt, nicht aber (zur Sicherung der subsidiär haftbaren Gemeinde) zu fordern verpflichtet sind. Da im Uebrigen vorliegend nichts dafür spricht, daß die fraglichen Unterlassungen auf Seite der Klägerinnen auf einem andern Motive beruht haben, als auf dem guten Glauben an die Redlichkeit des Beamten, und, von den allgemeinen Grundsätzen über Arglist abgesehen, erst da, eine Verpflichtung vorliegt, von einer schuldhaften Unterlassung rochen werden kann, so ist dießfalls ein den Ersatzanspruch nflußendes Verschulden auf Seite der Klägerinnen nicht anzu-.nen.

Dagegen ist diese Unterlassung, weil hiedurch den Beklagten mehrfachen Bestreitungen gerechtfertigter Anlaß gegeben wurde,

Werthtitel an Jost Sch. erfolgt sei, und zwar zum Zwecke der Einlage in die Depositalkasse von J. Es geht dieses aus den von Sch. in der gegen ihn verführten Strafuntersuchung dießfalls gemachten Angaben (Antw. 23, 37 ff.), sowie aus einer von ihm ausgestellten Bescheinigung vom 28. Januar 1879 klar hervor, wie auch derselbe u. A. mit Rücksicht auf die Unterschlagung dieser Werthtitel durch rechtskräftiges Strafurtheil der Veruntreuung „öffentlichen Gutes" schuldig erklärt worden ist.

Es ist selbstverständlich, daß den Geständnissen des Jost Sch. den Beklagten gegenüber nicht die Bedeutung eines Geständnisses, sondern zunächst bloß diejenige eines Zeugnisses zukommt. Allein dasselbe wird unterstützt durch Indizien, welche in ihm selbst und in den begleitenden Umständen liegen, unter welchen es abgegeben worden ist; denn für Jost Sch. enthielten diese Aussagen eine Selbstanklage, zu welcher er weder ein ökonomisches noch ein moralisches Interesse hatte, und ist es daher nicht einzusehen, aus welchem Grunde anders dieses Geständniß abgelegt worden wäre, als um der Wahrheit Zeugniß zu geben. Wenn die erste Instanz der fraglichen Bescheinigung die Beweiskraft abspricht, „weil erst nachträglich und in unfreiem Zustande erfolgt", so hätte dieses allerdings einen Sinn, wenn Klägerinnen sich auf dieselbe als auf eine eigentliche „Quittung" berufen würden; allein diese Bedeutung wird dieser Bescheinigung, wie den übrigen bezüglichen Geständnissen des Jost Sch. auch nicht zugelegt.

Gemäß § 15, Abs. 3 des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 10. Herbstm. 1842 haften die Gemeinden für die von ihnen gewählten Beamten, soweit diese durch ihre amtlichen Handlungen, Fehler oder Unterlassungen die Rechte oder das Vermögen Dritter benachtheiligen ....

Es bleibt daher zur Würdigung des klägerischen Begehrens bloß mehr zu untersuchen, ob Jost Sch., indem er die klägerischen Werthtitel in angegebener Weise behufs Einlage in die Depositalkasse übernommen, in amtlicher Stellung gehandelt habe, und deßhalb auch die Unterlassung, dieselben in die Depositalkasse einzulegen, als eine Unterlassung in amtlicher Stellung aufzufassen sei? Nur dieses ist vorliegend zur Begründung der gegen die Gemeinde gestellten Ersatzklage zunächst erforderlich. Die Ansicht der Beklagten, daß die subsidiäre Verantwortlichkeit der Gemeinde erst mit der Einlegung des Guthabens in die Depositalkasse beginne, ist eine unberechtigte; sie geht einseitig von den durch das Gesetz über die Depositalkassen aufgestellten Grundsätzen über die Verantwortlichkeit der betreffenden Organe aus und sieht von der

angeführten allgemeinen Bestimmung des Verantwortlichkeitsgesetzes ab.

Die oben gestellte Frage ist zu bejahen.

Gemäß § 3 des Gesetzes über die Depositalkassen sind diese auch zur Aufbewahrung von solchem Guthaben bestimmt, welches „von Personen . . . . an dieselben freiwillig zur Verwahrung abgegeben wird." Unbestrittenermaßen war ferner Jost Sch. zur Zeit der Uebergabe der fraglichen Werthtitel Gemeinderathspräsident und Verwalter der beklagten Gemeinde, also dasjenige Organ, welches in erster Linie dazu da war, für die Depositalkasse bestimmte Werthtitel zur Einlage in dieselbe in Empfang zu nehmen. Wenn derselbe sonach die fraglichen Gülten zum angegebenen Zwecke von den Klägerinnen in Empfang genommen und die Einlegung dann in der Folge unterlassen hat, so ist dieses wie jenes in amtlicher Stellung geschehen und ist deßhalb die Gemeinde hiefür subsidiär verantwortlich.

Es könnte sich nun freilich fragen, ob den Klägerinnen dadurch, daß sie unterlassen haben, sich über die Einlage ihres Guthabens eine gesetzliche Quittung der Depositalkassaverwaltung zu verschaffen, ein Verschulden in dem Sinne zur Last falle, daß sie durch Verlangen einer solchen Quittung die Unterschlagung hätten verhindern können.

Allerdings würde durch Verlangen einer solchen Quittung der Empfänger Jost Sch. genöthigt worden sein, die Gülten dem erhaltenen Auftrage gemäß wirklich in die Depositalkasse einzulegen. Allein zu dieser wenn auch in ihrem eigenen Interesse sehr naheliegenden Vorsichtsmaßregel waren Klägerinnen nicht verpflichtet; aus dem Wortlaute der §§ 12 und 20 des Gesetzes über die Depositalkassen geht klar hervor, daß die in diesen Gesetzesstellen vorgesehenen Quittungen zunächst lediglich als Ausweise für die Einleger aufzufassen sind, welche diese in ihrem Interesse zu fordern berechtigt, nicht aber (zur Sicherung der subsidiär haftbaren Gemeinde) zu fordern verpflichtet sind. Da im Uebrigen vorliegend nichts dafür spricht, daß die fraglichen Unterlassungen auf Seite der Klägerinnen auf einem andern Motive beruht haben, als auf dem guten Glauben an die Redlichkeit des Beamten, und, von den allgemeinen Grundsätzen über Arglist abgesehen, erst da, wo eine Verpflichtung vorliegt, von einer schuldhaften Unterlassung gesprochen werden kann, so ist dießfalls ein den Ersatzanspruch beeinflußendes Verschulden auf Seite der Klägerinnen nicht anzunehmen.

Dagegen ist diese Unterlassung, weil hiedurch den Beklagten zu mehrfachen Bestreitungen gerechtfertigter Anlaß gegeben wurde,

und dadurch Mehrkosten erwachsen sind, im Kostenpunkte zu berücksichtigen. (O.-G., den 27. Oktober, Nr. III.)

**18. Eigenthumserwerb des redlichen Besitzers im Sinne des § 256 des b. G.-B.; zur Frage der Haftbarkeit des Gülterrichters im Sinne des § 26 des Gesetzes über das Handänderungs- und Hypothekarwesen.**

Wittwe D.-R. und Gebr. August, Joseph und Robert D. ließen als Besitzer der Liegenschaft K. auf dieser Liegenschaft auf den 9. Okt. 1874 eine Gült von Fr. 5000 errichten. Unter dem 7. August 1880 wurde vom Konkursgericht Luzern über die Brüder Joseph und Robert D. der Konkurs abgehalten und in denselben auch die fragliche Liegenschaft gezogen. An diesem Konkurse hatten nun die Gebr. W. die gedachte Gült sammt ausstehenden Zinsen und Marczins als ihr Eigenthum geltend gemacht und Wittwe D. und August D. als Miterrichter der Gült rechtzeitig regressirt. An der konkursgerichtlichen Steigerung der Liegenschaft vom 13. Januar 1881 ging dann diese Gült bis auf den Betrag von 8 Fr. 80 Ct. verloren. In Folge dessen belangen die Gebr. W. die Wittwe D. und den August D. um eine Entschädigung von 5328 Fr. 25 Ct. nebst Zins seit dem 3. Mai 1880, als dem Tage der über die Brüder Joseph und Robert D. gezogenen Aufrechnung, und machen zur Begründung dießfalls geltend:

a) sie seien im Besitze der Gült und laut Abtretungsakt vom 15. April 1880 und unbestrittener Konkurseingabe auch Eigenthümer derselben geworden;
b) an dieser Gült sei jedoch am Konkurse der Brüder Joseph und Robert D. an Kapital und Zinsen die geforderte Summe verloren gegangen;
c) die Beklagten seien Miterrichter der Gült gewesen und daher gemäß § 26 des Handänderungs- und Hypothekargesetzes vom 6. Juni 1861 für diesen Verlust ersatzpflichtig.

Die Beklagten bestreiten nun in erster Linie die Beweiskraft des erfolgten Abtretungsaktes, der dahin lautet:

„Unterzeichneter hat den Gebr. W. gegen empfangene Baarschaft abgetreten: Gült von 5000 Fr. auf der Liegenschaft Z. K., angegangen vom 9. Okt. 1874."

Luzern, den 15. April 1880.

sig. Jos. D.

Des Weitern bestreitet die Beklagtschaft die Rechtsgültigkeit einer allfällig erfolgten Abtretung, sowie die Anwendbarkeit des § 26 des cit. Gesetzes.

Obergerichtlich wurde erkannt, die Beklagten seien nicht gehalten, die eingeklagte Forderung anzuerkennen und zu bezahlen.

Motive: Es ist anerkannt, daß der fragliche Abtretungsakt von der Hand des Jos. D. geschrieben und unterzeichnet worden sei. Für die Behauptung, daß der Akt erst nach der über Jos. D. erfolgten Aufrechnung angefertigt, resp. antedatirt worden sei, sind keine Umstände namhaft gemacht worden. Es ist daher anzunehmen, die in Frage stehende Abtretung sei wirklich den 15. April 1880 und zwar gegen Entgelt, d. h. gegen empfangene Baarschaft erfolgt. Betreffend die weitere Bestreitung der Beklagten, daß Jos. D. zur Veräußerung nicht bloß seines Gültantheiles, sondern der ganzen Gült berechtigt gewesen, haben die Kläger für eine solche Berechtigung keinen Beweis erbracht, und namentlich nicht den Nachweis erstellt, daß Jos. D. bei gedachter Veräußerung als ordentlicher Stellvertreter oder Mandatar der Beklagten gehandelt habe. Da jedoch Jos. D. im faktischen Besitze der Gült sich befunden und die Beklagten nirgends behaupten, daß er sich dieselbe widerrechtlich angeeignet habe, so ist anzunehmen, die Gült sei ihm allfällig zur Aufbewahrung anvertraut worden, und es darf dieses um so mehr angenommen werden, da Jos. D. immerhin Miteigenthümer der Gült war. Es haben darnach die Kläger in Hinsicht auf § 256 des b. G.-B. das Eigenthum an der fraglichen Gült erworben. Wenn nun aber die weitere Frage entsteht, ob die Beklagten als Miterrichter der Gült den Klägern für den gedachten Verlust zu haften haben, so wird in § 26 des Gesetzes über das Handänderungs- und Hypothekarwesen bezüglich Errichtung von Gülten und Zahlungsbriefen wörtlich bestimmt: „Wer dergleichen Verschreibungen errichten läßt, haftet für die Richtigkeit und Vollständigkeit der darin enthaltenen Angaben, derselbe hat auch für die verschriebene Summe Nachwähr zu leisten" (§ 742 des b. G.-B.). Dieser letztere Satz kann sich nur auf den Fall beziehen, daß eine Verschreibung veräußert worden, und daß auch die Liegenschaft, auf welcher das Instrument haftet, nicht mehr in Händen des Errichters sich befindet, denn die bloße Errichtung einer Verschreibung macht den Errichter Dritten gegenüber noch nicht zum Schuldner. Der § 742, auf welchen die in Frage stehende Bestimmung sich beruft, setzt eine Veräußerung ausdrücklich voraus. Daß hinwiederum der Errichter einer Verschreibung auf dem Liegenden, so lange er Besitzer der Liegenschaft ist, dem Eigenthümer des Instruments für die verschriebene Summe auch

persönlich haftet, ist nach altem Luzernerrecht, wonach der Besitzer einer Liegenschaft auch persönlicher Schuldner der darauf haftenden Verschreibungen ist (vergl. Segesser, Rechtsgeschichte der Stadt und Republik Luzern, Bd. IV, S. 78; Pfyffer, Commentar zu § 365 des b. G.-B.) selbstverständlich. Dagegen möchte es zweifelhaft erscheinen, ob der Errichter einer Verschreibung mit dem Verkaufe der Liegenschaft nicht blos von den auf derselben haftenden Schulden sich befreie, sondern auch bezüglich veräußerter und von ihm errichteter Verschreibungen nicht einmal zur Nachwährschaft verpflichtet sei? Und es ist diese Frage, welche durch die betreffende Bestimmung des § 26 des Handänderungs- und Hypothekargesetzes zu Gunsten der Erwerber eines Hypothekarinstrumentes entschieden werden wollte. In unserem konkreten Falle waren zur Zeit des Konkurses der Brüder Joseph und Robert D. die Beklagten noch Miteigenthümer der betreffenden Liegenschaft. Es muß sich demnach fragen, ob bloß die ideellen Antheile der Konkursiten D. an der Liegenschaft K. an die Steigerung gebracht werden sollen (§ 247 des b. G.-B.) und ob die Konkursmasse D. zu Gunsten der Beklagten oder diese zu Gunsten der Konkursmasse auf ihr betreffendes Miteigenthum verzichtet? Daß aber in dieser Richtung wirklich verhandelt wurde, liegt nicht vor, sondern einzig die Thatsache, daß die Liegenschaft K. von der Konkursmasse und zwar als ausschließliches Eigenthum derselben zur Steigerung gebracht worden ist. Dadurch aber, daß die Beklagten solches geschehen ließen, verzichteten sie thatsächlich auf fragliches Eigenthum, resp. sie waren mit der Veräußerung desselben durch die Konkursmasse einverstanden und es ist gegenüber den Hypothekarbesitzern anzusehen, als ob sie selbst die Liegenschaft an die Steigerung gebracht hätten.

Auch die in Frage stehende Gült von Fr. 5000 war veräußert worden, aber nicht von den Beklagten, sondern, wie oben ausgeführt, von Jos. D. und es frägt sich nun, ob die einseitige Veräußerung der Gült durch Jos. D. für sie nicht bloß den Verlust ihrer Ansprüche auf die Gült nach sich zog, sondern für sie auch die Verpflichtung begründet, einen im Konkursfalle und innert der Frist von 6 Jahren nach dem Ausstellungsdatum der Gült sich ergebenden Verlust an derselben zu vergüten? Diese Frage ist zu verneinen. Der § 256 des b. G.-B. bildet eine Ausnahme von dem im § 254 desselben aufgestellten Grundsatze, daß der Eigenthümer berechtigt sei, seine Sache von jedem Inhaber durch die Eigenthumsklage zurückzufordern, und ebenso eine Ausnahme von dem allgemeinen Rechtsgrundsatze, daß Niemand mehr Rechte übertragen kann, als er selbst besitzt. Aus diesem ausnahmsweisen Charakter, welchen die fragliche Bestimmung enthält, folgt aber,

daß dieselbe strikte zu interpretiren ist. Ist dieses aber der Fall, so wird nach § 256 des b. G.-B. dem gutgläubigen Besitzer wohl das Eigenthum an der erhaltenen Sache zugesprochen, nicht aber auch dem bisherigen Eigenthümer eine Verpflichtung zur Nachwähr bezüglich der betreffenden Sache überbunden. Diese Verpflichtung liegt im obwaltenden Falle nur dem unberechtigten Veräußerer der Gült ob. (Obergericht, 9. November Nr. II.)

**19. Zur Frage des Besitzerwerbes an einer unbeweglichen Sache. Der Fruchterwerb des redlichen Besitzers. Der gutgläubige oder redliche Besitz wird durch den Rechtsirrthum nicht ausgeschlossen. Die Zeitdauer der begünstigten Stellung des redlichen Besitzers.**

Die Intestaterben der Frau Maria W. stellen gegen Barbara F. folgendes Klagebegehren:

Die Beklagte sei gehalten, die klägerische Forderung von **Fr. 1710. 60 Rp.** nebst Verzugszins an den Kläger zu bezahlen, in dem Sinne jedoch, daß ihr gestattet sei, ihr Betreffniß von $1/4$ als Miterbin hievon in Abzug zu bringen.

Dieses Rechtsbegehren gründet sich auf folgende faktische Momente:

Durch eine Willensverordnung der Frau W. sel. vom 20. Juli 1859 und 21. Dezember 1875 wurde der heutigen Beklagten u. A. die Befugniß eingeräumt, im Hause X. in L. eine anständige Wohnung und die Geschäftslokale zu benutzen. Gestützt auf diese Verordnung machte die Beklagte von dem ihr eingeräumten Benutzungsrechte wirklich Gebrauch.

Zufolge erhobener Bestreitung der gegenwärtig am Rechten stehenden Intestaterben der Frau W. sel. wurde dann aber durch zweitinstanzliches hierseitiges Urtheil vom 31. Juli 1879 diese Willensverordnung als ungültig erklärt und die heutige Beklagte mit ihren daherigen Ansprüchen abgewiesen.

Hiedurch sei nun nach Ansicht der Klägerschaft konstatirt, daß den sämmtlichen vier Hauptheilen zum Nachlasse der Frau W. sel. (den 3 Klägern und der Beklagten) das nämliche Recht auf das Haus Nr. 203 zustehe. Wenn daher Einer der Erben einzelne Lokalitäten für sich benützt, so sei es selbstverständlich, daß derselbe den übrigen Erben einen angemessenen Miethzins hiefür zu bezahlen habe, immerhin in dem Sinne, daß der zum vierten Theile berechtigte Erbe auch einen Viertheil des Zinses beanspruchen

könne. Die Miethzinsforderung wird nun an Hand von aufgelegten Miethverträgen für die Zeit vom 23. Jänner 1878 bis 16. Oktober bezw. 19. Juni 1879 auf die Summe von **Fr. 1710. 64 Rp.** berechnet.

Beklagte bestreitet die eingeklagte Ersatzforderung in allen Theilen unter Berufung auf § 229 des b. G.-B., es könnte höchstens von der Zustellung des frühern obergerichtlichen Urtheils an bis 16. Oktober 1879 von der Wohnung etwas Zins gefordert werden.

Obergerichtlich wurde Beklagte gehalten, an die Kläger die Summe von **Fr. 885. 64 Rp.** nebst Verzugszins seit 10. Juni 1880 an die Kläger zu bezahlen, in dem Sinne jedoch, daß ihr gestattet sei, ihr Betreffniß von 1/4 als Miterbe hievon in Abzug zu bringen. Mit der Mehrforderung seien Kläger abgewiesen.

Motive:

Es ist nun vorab zu bemerken, daß es sich im gegebenen Falle nicht um einen Eigenthumsbesitz (Sachbesitz), sondern um einen Rechtsbesitz (juris possessio) handelt (denn Besitzer im erstern Sinne ist auch der Usufruktuar nicht, s. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes, I. Theil, § 149, Anm. 2), und daß die Ansicht des erstinstanzlichen Gerichtes, daß ein Besitzeserwerb an einer unbeweglichen Sache nicht möglich sei ohne amtliche Zufertigung derselben, unrichtig ist. Dieses letztere gilt allerdings mit Bezug auf den Usukapionsbesitz, d. h. den Besitz, soweit er Voraussetzung des Eigenthumserwerbes durch Ersitzung bildet, und zwar mit Rücksicht auf die positive Bestimmung des § 779 des b. G.-B. Eine weitergehende Ansicht würde aber für den gutgläubigen Besitzer nicht nur in Hinsicht auf den Besitzesschutz, sondern insbesondere auch mit Bezug auf den Fruchterwerb zu ungerechtfertigten unbilligen Konsequenzen führen. (S. auch mit Hinsicht auf das in diesem Punkte beinahe gleichlautende bernische Recht Leuenberger, Vorlesungen über das bern. Privatrecht, Bd. 1, S. 420.) Eine konstante Gerichtspraxis liegt für diese weitergehende Ansicht nicht vor und hat sich insbesondere die neuere Praxis in entgegengesetztem Sinne ausgesprochen. Die Beklagte ist somit allerdings als juristische Besitzerin im angegebenen Sinne zu betrachten. Im Anschlusse an die bezüglichen Grundsätze des gemeinen Rechtes bestimmt nun § 229 des b. G.-B. allgemein, daß dem redlichen Besitzer alle aus der Sache entspringenden Früchte, sobald sie von der Sache abgesondert worden sind, sowie auch alle bis anhin verfallenen und eingehobenen Nutzungen gehören. Ein Unterschied zwischen dem Eigenthumsbesitze und dem bloßen Rechtsbesitze wird

somit nicht gemacht und trifft auch der Rechtsgrund der dem redlichen Besitzer gewährten begünstigten Stellung im einen wie im andern Falle zu.

Es bleibt somit noch die Frage zu prüfen, ob die Beklagte zugleich als gutgläubige Besitzerin behandelt werden müsse.

Diese Frage ist zu bejahen. Mit Bezug auf die fraglichen Willensverordnungen konnte sich die Beklagte mit Fug zur Benutzung der betreffenden Räumlichkeiten berechtigt halten. Wenn dann die zweite Instanz jene letztwillige Verfügung als Ehevorkommniß auffaßte und daher die fragliche, zu Gunsten einer dritten Person getroffene Disposition als ungültig erklärte, so ändert das an der anfänglichen Gutgläubigkeit des Besitzers Nichts. Das Moment der Gutgläubigkeit ist etwas allgemein Subjektives und ist nach hierortiger Ansicht nicht zutreffend, hierauf, wie Seitens der ersten Instanz geschehen, die Grundsätze über den Rechtsirrthum, d. h. über die Entschuldbarkeit desselben, in dem Sinne anzuwenden, daß, sofern der Titel, auf welchen der Besitz sich fußt, an einem gesetzlichen Mangel leidet, hiedurch die Gutgläubigkeit des Besitzers, bezw. die demselben gewährte begünstigte Stellung ausgeschlossen werde. Es bildet allerdings die Frage, ob die bona fides durch einen vorhandenen Rechtsirrthum ausgeschlossen werde, in der Wissenschaft des gemeinen Rechtes eine Kontroverse und es ist nicht zu verkennen, daß diesfalls für die Anschauung der ersten Instanz bewährte Autoritäten angeführt werden können. Nach hierortiger Ansicht zerfällt aber die betreffende Anschauung, selbst wenn man sich auf den Standpunkt des gemeinen Rechtes stellt, an der L. 25, § 6, dig. 5, 3, in welcher ausdrücklich ausgesprochen ist, daß das Bewußtsein des redlichen Besitzes auch auf einen Rechtsirrthum sich gründen kann. (Vergl. auch Savigny, System, Bd. III, S. 396 und 397.) Ja die betreffende Gesetzesstelle bezieht sich insofern auf unsern streitigen Fall, als in derselben — wie hier — der Rechtsirrthum die Gültigkeit einer letztwilligen Verordnung betrifft. Diese Bestimmung der alleg. L. 3 ist aber auch durch keine andere Quellenstelle entkräftet. Denn in keiner einzigen Stelle ist gesagt, daß nur derjenige gutgläubige Besitzer, der einen rechtmäßigen Titel oder bei einem putativen Titel die Entschuldbarkeit des Irrthums nachweisen könne oder dessen guter Glaube sich nicht auf einen Rechtsirrthum stütze, die Früchte erwerben könne. (Vergl. v. Wächter, Pandekten, herausgegeben von Oskar Wächter, II. Theil, S. 147, Anm. VII.) Wenn man aber auch diejenige Anschauung, nach welcher durch den Rechtsirrthum die bona fides ausgeschlossen, vom Standpunkte des gemeinen Rechtes als die richtige anerkennen

würde, so hat unser luzern. Recht offenbar nicht dieselbe, sondern vielmehr diejenige Ansicht aufgenommen, welche den Rechtsirrthum mit dem gutgläubigen Besitze vereinbar erklärt. (Vergl. Pfyffer, Erläuterung zum luzern. b. G.-B., II. Theil, Sachenrecht, S. 34.)

Die begünstigte Stellung des redlichen Besitzers dauert nun aber gemäß § 229 des b. G.-B. wie nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen (s. Windscheid a. a. O., § 186 a. E.) nur so lange als seine Redlichkeit. In Fällen, wo der Besitzer durch Rechtsstreit entwährt wird, ist der maßgebende Zeitpunkt ein äußerlich ohne Weiteres bestimmbarer, bezw. von Gesetzeswegen bestimmter. Dagegen fragt es sich, welcher Zeitpunkt als der maßgebende anzunehmen sei. Die Ansicht der Beklagten, wonach hiefür die Zustellung des zweitinstanzlichen Urtheils entscheidend sein müsse, ist, allerdings wenigen aus materiellen als aus prozessualen Rechtsgründen, unzutreffend. Entscheidend ist vielmehr schon der Moment der Prozeßanhebung, der Litiscontestation, als welcher in unserm Prozeßverfahren der Zeitpunkt der Klageerhebung gilt. Es folgt dieses einmal aus anerkannten Grundsätzen des gemeinen Prozeßrechtes (s. u. A. Renaud, Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprozeßrechtes, § 73). Unser Gesetz über das C.-R.-V. sodann schreibt zwar in § 95 die fragliche Wirkung der Rechtshängigkeit nicht ausdrücklich zu, sofern diese nicht implicite aus der Bestimmung folgt, daß mit dem Momente der Litispendenz die Sache litigiös werde. Dagegen ergibt sich diese Wirkung unzweifelhaft aus § 230 des b. G.-B., indem hienach per argumentum a contrario der entwährte Besitzer den Ersatz des auf die Sache verwendeten nothwendigen und nützlichen Aufwandes nur bis zu dem Zeitpunkte, wo der Streit seinen Anfang genommen, vom Entwährer verlangen kann, und hieraus geschlossen werden muß, daß auch der Fruchterwerb des entwährten Besitzers nicht länger dauern solle.

Im gegebenen Falle liegt der Moment der Klageerhebung im Entwährungsprozesse nicht ermittelt vor. Als maßgebender Zeitpunkt muß sonach der ermittelte nächstgelegene Termin im Prozesse angenommen werden. Dieser ist der Zeitpunkt des ersten Gerichtsvorstandes vom 25. Oktober 1878. Es mag allerdings sein, daß zwischen der Klageeinreichung und dem ersten Gerichtsvorstande ein nicht unbedeutender Zeitraum liegt, allein, die hiedurch in Nachtheil kommende klägerische Partei kann sich diesfalls nicht beklagen, indem es ihre Sache gewesen wäre, den ihr günstigern, früher gelegenen Zeitpunkt erheblich zu machen.

Daß die Klageforderung für den übrigen Zeitraum (nach dem 25. Oktober 1878) begründet sei, ergibt sich aus dem oben Ge-

sagten, und unter Anwendung der Grundsätze über ungerechtfertigte Bereicherung ohne Weiteres.

Das Maß der Forderung ist zwar bestritten, allein durch die aufgelegten Miethverträge hinreichend belegt. (Obergericht, 26. November, Nr. I.)

## 20. Aufhebung eines Liegenschaftskaufes wegen Trunkenheit eines der Kontrahenten.

A. verkaufte am 11. Mai 1880 seine Liegenschaft X. dem B. Vor der Fertigung fiel der Liegenschaftskäufer B. an den Konkurs. Am Konkurse des B. verlangte nun der Verkäufer Haltung des Kaufes, eventuell Entschädigung. Diese Begehren wurden von einigen Kreditoren des Konkursiten aus dem Grunde bestritten, weil der Käufer beim Abschlusse des Kaufvertrages nicht im zurechnungsfähigen Zustande sich befunden habe, und zwar einmal weil er bei diesem Anlasse betrunken war, und sodann, weil auf Grund wiederholt zu Tage getretener Anzeichen von Geistesstörung seine Zurechnungsfähigkeit in Zweifel gezogen werden müßte.

Obergerichtlich wurde der fragliche Liegenschaftskauf ungültig erklärt und in Folge dessen Kläger mit seinem Rechtsbegehren abgewiesen.

Motive: Es muß im Einklange mit früheren hierortigen Entscheiden vorab festgehalten werden, daß es zur Aufrechtstellung der Einrede, es habe sich der eine Kontrahent bei Eingehung eines Rechtsgeschäftes nicht in dem nach § 520 des b. G.-B. erforderlichen Zustande der Besonnenheit und Willensfreiheit befunden, vollständig genügt, wenn der Beweisführer solche Momente erheblich machen und beweisen kann, welche dem Richter die Ueberzeugung beibringen, daß dem betreffenden Kontrahenten die erforderliche Besonnenheit zur Abschließung des Vertrages gemangelt habe. Im Weitern ist davon auszugehen, daß zur Ungültigkeitserklärung speziell eines Liegenschaftskaufes, wobei der Gesetzgeber einen besondern Grad der Ueberlegung fordert, der Nachweis absoluter Unzurechnungsfähigkeit eines Kontrahenten nicht nothwendig ist, sondern schon eine geminderte Zurechnungsfähigkeit, d. h. ein die gewöhnliche klare Ueberlegung ausschließender Geisteszustand genügend erscheint (vergl. Entscheid des Obergerichts vom 27. Dez. 1872, N. 7.)

Im gegebenen Falle erachtet der hierseitige Richter den Nachweis für die fragl. beklagtische Einrede als erbracht. Allerdings

sagt die überwiegende Mehrzahl von Zeugen nicht aus, daß sich Käufer B. beim Kaufsabschlusse in einem unzurechnungsfähigen Zustande befunden habe, beziehungsweise verneinen die Zeugen dieses ihrer Mehrzahl nach. Dagegen müssen sämmtliche Zeugen zugeben, daß B. geistige Getränke (Schnaps) und zwar, wie aus den daherigen Aussagen unzweifelhaft hervorgeht, in bedeutendem Maße zu sich genommen, zum wenigsten im angetrunkenen Zustande sich befunden hatte. Hiezu kömmt dann in entscheidender Weise das Zeugniß der Katharina St., welche über den physischen Zustand des Käufers B. im kritischen Momente solche direkte Wahrnehmungen bezeugt, aus denen für den Richter ein zwingender Schluß auf die geistige Disposition desselben, und zwar allerdings nicht bloß im Sinne einer leichten Beschränkung der geistigen Thätigkeit unmittelbar gegeben ist. Dieses Zeugniß ist um so gewichtiger und entscheidender, weil einmal gegen die Glaubwürdigkeit desselben keine beachtungswerthen Einwendungen gemacht werden können, dasselbe sodann durch keine anderweitigen Zeugenaussagen direkt widerlegt, sondern gegentheils durch dieselben angebrachtermaßen unterstützt wird, und insbesondere was die Schlüssigkeit und Relevanz dieses Zeugnisses betrifft, es sich hiebei um unmittelbare sinnliche Wahrnehmungen handelt, während bei den übrigen Zeugenaussagen, soweit die Klägerschaft sich darauf beruft, die mit größerer oder geringerer Sicherheit abgegebenen Urtheile über die geistige Zurechnungsfähigkeit der betreffenden Kontrahenten in Frage stehen, welche Urtheile der Richter nur behutsam entgegenzunehmen hat.

Der streitige Kaufvertrag ist daher Mangels gültiger Einwilligung des einen Theiles aufzuheben. (Obergericht den 14. Dezember, Nr. I.)

# Jura bernois.

**10. Assurance immobilière. — Bâtiment incendié, puis reconstruit sans réassurance expresse. — Demande d'indemnité ensuite d'incendie du nouveau bâtiment. — Rejet.**

Joseph André contre Etat de Berne.

(5 février 1880.)

Lorsqu'un bâtiment assuré a été incendié et que le propriétaire le reconstruit avec le montant de l'indemnité

perçue de l'Etablissement cantonal d'assurance, le nouveau bâtiment se trouve-t-il, par l'effet d'une fiction légale, substitué à l'ancien et assuré de plein droit au lieu et place de celui-ci, sans accomplissement des formalités prescrites par la loi sur la matière et notamment sans estimation préalable, de telle sorte que, s'il est à son tour incendié, l'indemnité primitive puisse être réclamée de l'Etat? Cette question a été soumise à la Cour d'Appel et de Cassation ensuite d'une demande introduite le 10 avril 1879 par Joseph André, propriétaire au Cras d'Ermont près Porrentruy, contre l'Etat de Berne, soit contre la Direction de l'Intérieur représentant l'Etablissement cantonal d'assurance. André invoquait l'usage en vigueur dans le district de Porrentruy quant à la réassurance tacite en cas de reconstruction, articulant de plus divers faits de nature à justifier, selon lui, que l'Etat avait envisagé lui-même le bâtiment reconstruit comme étant au bénéfice de l'assurance originaire. — Les conclusions du demandeur, accueillies en 1re instance, ont été rejetées par arrêt du 5 février 1880, ainsi conçu:

Considérant:

1. que la maison d'habitation appartenant au demandeur et assurée à l'Etablissement cantonal d'assurance immobilière sous n° 242, pour une somme de fr. 10,000, a été incendiée le 17 février 1877;

2. que le demandeur l'a reconstruite avec le montant de l'assurance, perçu en conformité de l'art. 33 de la loi du 21 mars 1834;

3. qu'un second incendie a détruit, dans la nuit du 5 au 6 août 1878, le nouveau bâtiment; que les experts estimateurs, accompagnés du Secrétaire de Préfecture de Porrentruy, se sont rendus sur le lieu du sinistre à l'effet de procéder à l'évaluation du dommage et que, suivant rapport transmis le 10 même mois à la Direction de l'Intérieur, ce dommage a été fixé à fr. 8,840;

4. que Joseph André actionne l'Etat de Berne en paiement de l'indemnité de fr. 8,840, alléguant que le bâtiment incendié dans la nuit du 5 au 6 août 1878 était assuré pour fr. 10,000, fait dont il offre la preuve, non par la production d'un certificat d'assurance, mais au moyen des diverses présomptions énumérées en demande;

5. que, si le registre d'inscription déposé au Secré-

tariat de Préfecture de Porrentruy, ne mentionne pas la radiation du bâtiment n° 242, ainsi que l'a constaté le Tribunal de 1re instance, le demandeur ne peut tirer de ce défaut de radiation aucun argument décisif en faveur du maintien de l'assurance, puisque le n° 242 est radié dans le registre d'inscription déposé près la Direction de l'Intérieur et représenté à l'audience de ce jour; que d'un autre côté les deux doubles du contrôle de mutations de 1878 font figurer à la colonne des diminutions, comme bâtiment incendié, le n° 242 dont la valeur, par fr. 10,000, est déduite du montant total des assurances, sans que ce numéro et la valeur correspondante de fr. 10,000 aient été reportés à la colonne des augmentations (nouvelles assurances), d'où il suit qu'en réalité il n'y a pas eu substitution d'une nouvelle assurance à l'ancienne;

6. que, d'après le demandeur, l'Etat aurait perçu la prime d'assurance pour l'année 1878, mais que la preuve de cette allégation n'est nullement établie; qu'en effet, malgré les réquisitions de la Cour, le demandeur n'a point reproduit la quittance du maire de Courgenay, invoquée comme titre justificatif, et que la déclaration du 16 Janvier 1880 qui du reste ne spécifie pas l'année à laquelle se rattache le paiement opéré le 9 Avril 1878, est dénuée de toute force probante;

7. que l'estimation faite après le second incendie, n'est pas opposable à l'Etat; que l'Etat ne peut en principe être tenu de verser l'indemnité fixée par les experts que si les formalités dont dépendent l'existence et la validité du contrat d'assurance, ont été remplies; que le demandeur ne prétend pas avoir fait une déclaration quelconque au Secrétaire de Préfecture en vue de l'assurance du bâtiment reconstruit en 1877 (art. 9 L. du 21 Mars 1834), que de son propre aveu le nouveau bâtiment n'a pas été estimé (art. 9, 11 et suiv. ibid.) et qu'une nouvelle assurance n'a point été inscrite au registre (art. 43, 44 ibid.); que, les conditions constitutives de l'assurance faisant défaut, ce n'était pas le cas de procéder à teneur des art. 24 et suiv. de la loi de 1834 et que la Direction de l'Intérieur, loin de sanctionner les errements suivis, a rendu le Préfet attentif aux prescriptions légales dès qu'elle a eu connaissance de l'irrégularité commise (v. lettre du 22 Août 1878);

8. que le demandeur objecte vainement qu'il est d'usage, dans le district de Porrentruy, que, lorsqu'un bâtiment in-



cendié est reconstruit avec le montant de l'indemnité, l'assurance continue sous le même numéro et pour la même somme, à moins que le propriétaire ne demande à l'augmenter ou à la diminuer; que d'une part l'usage ne crée pas de droit et ne peut prévaloir contre la loi tant que celle-ci n'est pas régulièrement abrogée; que d'autre part les motifs allégués pour justifier cet usage exceptionnel, spécial au district de Porrentruy, sont non concluants; que le législateur, il est vrai, comme le révèle l'ensemble de la loi de 1834, a entendu protéger les créanciers hypothécaires et les mettre à l'abri de pertes éventuelles, mais qu'il ne résulte pas de là, en l'absence d'un texte précis, que pour sauvegarder leurs droits il ait introduit une fiction qui ferait *ipso jure* renaître l'assurance éteinte et identifierait, sans estimation préalable, le bâtiment reconstruit et le bâtiment incendié, de manière à attribuer au propriétaire, en cas de nouveau sinistre, une indemnité qui, selon les circonstances, dépasserait la valeur réelle du bâtiment reconstruit;

9. que des pièces produites il appert que, si le Secrétaire de Préfecture de Porrentruy envisageait le bâtiment nº 242 comme réassuré, le maintien de l'ancienne assurance n'était point admis par les préposés supérieurs de l'administration et spécialement par la Direction de l'Intérieur;

10. que le demandeur ne prouve pas non plus qu'ensuite de démarches faites par lui auprès du Secrétaire de Préfecture, ce fonctionnaire lui aurait déclaré soit qu'il remplirait les formalités prescrites pour l'assurance, soit que le nouveau bâtiment était assuré,

la Cour d'Appel et de Cassation, réformant le jugement de 1re instance, déboute Joseph André des fins de ses conclusions.

**11. Fixation de l'ouverture de la faillite. — Faits établissant l'insolvabilité. — Pouvoir d'appréciation des tribunaux.*)**

Thérèse Pontignac contre Banque Cantonale de Berne.

(12 Février 1880).

Pierre Pontignac, marchand de bois à Courtemaiche, avait été déclaré en état de faillite par le Tribunal consu-

---

*) cf. arrêt du 20 Février 1879, Zeitschr. XVII, p. 242.

laire de Porrentruy le 10 Juillet 1877. Un jugement complémentaire du 24 Septembre 1878 reporta l'époque de l'ouverture de cette faillite au 7 Septembre 1872, « attendu que le dit jour Pontignac a adressé à ses créanciers une circulaire dans laquelle il offrait à ceux-ci l'abandon de tous ses biens pour éviter une faillite, déclarant être poursuivi par plusieurs de ses créanciers, que dès lors on doit admettre qu'à cette époque il avait cessé ses paiements et se trouvait dans un état d'insolvabilité évident. » — Thérèse Pontignac, créancière hypothécaire du failli suivant obligation souscrite en 1875, forma opposition et conclut à ce que l'ouverture de la faillite fût fixée au jour même du jugement déclaratif (10 Juillet 1877). — De son côté la Banque Cantonale de Berne, partie intervenante, demandait la maintien de la date admise par le Tribunal. — La Cour a statué comme suit le 12 Février 1880 :

Considérant :

1. que, relativement à l'appréciation des faits et circonstances qui, aux termes de l'art. 441 C. de Comm., servent à fixer l'époque de l'ouverture de la faillite, les tribunaux jouissent d'un pouvoir discrétionnaire et qu'ils ne sont pas liés par les conclusions des parties ;

2. que si, par circulaire du 7 Septembre 1872, Pierre Pontignac a convoqué ses créanciers en leur annonçant qu'il était sur le point d'être poursuivi et qu'il demanderait un délai de 3 à 4 ans pour se libérer, on ne doit pas en conclure que dès cette époque Pontignac fût en état de faillite ; que, d'après la circulaire même, l'actif présumé était supérieur au passif et qu'ainsi la demande d'atermoiement ne constate qu'un embarras passager, non une insolvabilité réelle ; qu'en outre pour qu'une demande de ce genre puisse être prise en considération quant à la fixation de l'ouverture de la faillite, il faut qu'elle ait été accompagnée ou immédiatement suivie de la cessation de paiements*), ce qui n'a pas eu lieu, puisque d'une part Pontignac n'a pas déposé son bilan entre les mains du juge, comme l'allègue la défenderesse, et que d'autre part on ne signale, à la date indiquée, ni protêt ni autre acte établissant le refus de payer des engagements de commerce ;

*) V. Pardessus, Cours de droit commercial, III, p. 293.

3. que pendant les derniers mois de l'année 1872, pendant l'année 1873 et une partie de l'année 1874, Pontignac a ostensiblement continué son commerce de bois, faisant lui-même les achats et les ventes et utilisant, comme chef de l'entreprise, les crédits qui lui étaient ouverts, sans que les pièces de la procédure mentionnent, dans le cours de cette période, aucun fait constitutif de l'état de faillite à teneur de l'art. 441 C. de Comm.;

4. que par contre il appert des dites pièces et en particulier de l'examen des billets invoqués comme moyens de preuve par la demanderesse, qu'une modification sensible s'est produite en 1874 dans les opérations de commerce du failli et que le 17 Août 1874 quatre protêts, dont deux relatifs à des engagements de nature commerciale, ont été dressés à la requête de la Banque cantonale, en vertu d'effets souscrits par Pierre Pontignac à l'ordre des Srs Jobé à Courtedoux, Jubin à Courtemaiche, Ecarot à Dannemarie et Cattez à St-Dizier;

5. que la preuve de l'insolvabilité de Pontignac à la date du 17 Août 1874 ressort:

*a)* des nouveaux protêts dressés le 21 Octobre et le 16 Novembre 1874,

*b)* du fait que Pontignac, par l'acte passé entre lui et les époux Evaly le 15 Octobre 1872, s'etait dessaisi de son avoir mobilier,

*c)* de l'état des inscriptions hypothécaires grevant ses immeubles,

*d)* du déficit considérable accusé par la faillite;

6. qu'il n'est point établi que Pontignac ait acquis postérieurement de nouveaux biens offrant une garantie sérieuse à ses créanciers;

7. qu'une fois l'existence de la faillite reconnue et déclarée, il est naturel d'en reporter l'ouverture aux premiers actes qui ont publiquement révélé l'insolvabilité du débiteur et la cessation de paiements; que la date du 17 Août 1874 doit donc faire règle et qu'il importe peu que les valeurs formant l'objet des quatre protêts dressés le dit jour, aient été acquittées depuis lors,

la Cour d'Appel et de Cassation annule le jugement du 24 Septembre 1878 et fixe au 17 Août 1874 la date de l'ouverture de la faillite Pontignac.

**12. Privilège du fisc pour le recouvrement des frais de justice pénale. — Application de la loi du 5 Septembre 1807.**

**Etat de Berne contre Masse de la faillite Jolidon.**

(22 Avril 1880.)

Une enquête pénale ayant été dirigée contre Joseph Jolidon, notaire à Delémont, déclaré en état de faillite le 5 Décembre 1878, l'Etat de Berne réclama, lors de la vérification des créances, une collocation privilégiée éventuelle pour le montant des frais de justice, y compris ceux occasionnés par la nomination d'un juge d'instruction extraordinaire. Cette demande était formée en vertu de l'art. 2098 C. Civ. et de la loi française du 5 Septembre 1807, réglant le mode d'exercice du privilège du trésor public sur les biens des condamnés. Les créanciers refusèrent de l'admettre et le Tribunal consulaire de Delémont, saisi du litige le 9 Octobre 1879, la rejeta pareillement, estimant que la loi du 5 Septembre 1807, contraire aux institutions politiques du canton de Berne, devait être considérée comme abolie et qu'au surplus la réclamation était prématurée, puisqu'aucune sentence de condamnation n'avait encore été prononcée contre Jolidon. — Par arrêt du 22 Avril 1880 la Cour fit droit aux conclusions de l'Etat, sauf en ce qui concerne les frais résultant de la nomination du juge d'instruction extraordinaire,

attendu:

1. que le privilège réclamé se fonde sur la loi du 5 Septembre 1807, complément de l'art. 2098 C. Civ.;

2. que la force obligatoire de cette loi n'a pas été contestée en instance d'appel (cf. arrêt du 14 Février 1873 — Etat de Berne contre Faillite Farez)*);

3. qu'il suffit, pour l'exercice du privilège, que les poursuites pénales dérivent de faits antérieurs à la faillite, lors même que la condamnation aux frais n'interviendrait que postérieurement à l'ouverture de la liquidation;

4. que les faits qui ont motivé l'enquête dirigée contre Jolidon remontent à une époque antérieure à la faillite; que l'Etat était donc autorisé à invoquer, au terme de la

*) Zeitschr. IX, p. 228.



vérification des créances, son droit éventuel et à demander que sa qualité de créancier privilégié fût reconnue en principe, pour le cas où Jolidon serait condamné aux frais de l'enquête; que la marche par lui suivie pouvait seule garantir d'une manière efficace son privilège, les répartitions opérées étant irrévocables à l'égard des créanciers qui négligent de faire valoir leurs réclamations dans les délais légaux (art. 513 C. de Comm.);

5. que, si le privilège s'applique aux frais de justice pénale proprement dits, on ne peut envisager comme ayant ce caractère, dans le sens de la loi du 5 Septembre 1807, les frais occasionnés par la nomination d'un juge d'instruction extraordinaire.

**18. Hypothèque légale des communes. — Paiement opéré par un tiers à la décharge du receveur comptable. — Quittance subrogatoire. — Date certaine résultant de la production dans une liquidation juridique. — Etendue des droits du tiers subrogé.**

Jean Bouchat contre Jean-Baptiste Ecabert.

(23 Avril 1880.)

Dans la liquidation de la masse en cession de biens de Victor Brossard, cultivateur aux Ecarres, ancien receveur de la commune de Muriaux, Jean Bouchat, préfet à Saignelégier, comme étant aux droits de ladite commune, réclamait en rang hypothécaire un capital de fr. 5768. 65, plus, pour intérêts et frais, fr. 616. 40, soit une somme totale de fr. 6385. 05, produisant à l'appui de sa réclamation un certificat d'inscription hypothécaire du 14 Juillet 1877 et une quittance subrogatoire du 7 Mars 1878. — Le bordereau d'inscription porte: «Du 14 Juillet 1877. Bordereau de créance hypothécaire judiciaire au profit de la commune de Muriaux, caisse municipale... contre Victor Brossard..., en sa qualité de receveur... pour sûreté *a)* d'une somme en principal de fr. 4873. 46, *b)* de deux années d'intérêts conservés par la loi et la courante, à raison de 5 % fr. 487. 34, *c)* des frais d'inscription, pour mémoire, *d)* de ceux présumés de mise à exécution fr. 60, total fr. 5,420. 80, résultant d'un reliquat de compte au profit de la requé-

rante, . . . sur tous les biens présents et à venir de son débiteur Victor Brossard, situés dans l'arrondissement du bureau des hypothèques de Saignelégier. » — La quittance du 7 Mars 1878, consignée à la suite d'un extrait de compte sans date, accusant un reliquat de fr. 5699. 13, est ainsi conçue: « Reçu de M. Bouchat, notaire à Saignelégier, fr. 5699. 13; frais de poursuites payés à M. Charmillot, fr. 69. 52, dont quittance subrogatoire pour fr. 5768. 65. Au nom de la commune de Muriaux: le président (signé) Jos. Mauvais, le receveur communal (signé) Arsène Hammel. » — Jean-Baptiste Ecabert, notaire à Saignelégier, avait produit dans la même liquidation en vertu d'un permis de poursuites du 5 Octobre 1877 et d'une inscription d'hypothèque judiciaire du 22 Décembre suivant. — Le projet d'ordre et de distribution colloqua hypothécairement Ecabert pour fr. 1313. 70 sur l'estimation cadastrale des immeubles non vendus et renvoya dans la masse chirographaire la réclamation de Jean Bouchat. — Ce dernier requit, par acte du 13 Octobre 1879, la modification du projet; il invoquait l'hypothèque légale établie en faveur des communes par l'art. 2121 C. Civ. et demandait à être colloqué, antérieurement à Jean-Baptiste Ecabert, pour la somme principale de fr. 5768. 65, l'intérêt au 5 % dès la date de la quittance subrogatoire et les frais de production. — Dans sa défense Ecabert fit valoir 1° que l'hypothèque légale des communes sur les biens des receveurs avait été implicitement abrogée dans le Jura par les lois bernoises, 2° qu'à teneur du bordereau servant de base à l'inscription du 14 Juillet 1877, celle-ci devait garantir, non une hypothèque *légale,* mais une hypothèque *judiciaire,* 3° que la quittance subrogatoire, rédigée sur papier libre et sans enregistrement, était dépourvue de toute force probante, 4° que les paiements énoncés dans cette quittance avaient été effectués au moyen de fonds provenant du produit de ventes faites par les époux Brossard et dont l'opposant Bouchat était collecteur. — Ces divers moyens ont été écartés par le juge des Franches-Montagnes et la Cour d'Appel et de Cassation, confirmant en principe le prononcé de 1re instance, a rendu l'arrêt suivant le 23 Avril 1880 :

Considérant :

1. que le demandeur agit comme créancier subrogé aux droits de la commune de Muriaux et réclame, en vertu

de l'inscription du 14 Juillet 1877, une collocation hypothécaire primant celle du défendeur;

2. que cette inscription a été prise par la commune de Muriaux, caisse municipale, contre Victor Brossard, en sa qualité de receveur communal, pour sûreté d'un reliquat de compte; qu'elle avait donc évidemment pour but de garantir l'hypothèque légale attribuée aux communes par l'art. 2121 C. Civ. sur les biens des receveurs et administrateurs comptables et que la qualification erronée figurant en tête du bordereau ne modifie pas le caractère réel de l'acte;

3. que le régime hypothécaire français, tel que l'organisent les art. 2114 et suiv. C. Civ., a été maintenu dans les districts catholiques du Jura (v. ordonn. du 27 Décembre 1816 et du 24 Février 1826); qu'aucune loi ne prononce l'abrogation de l'hypothèque légale des communes; que le défendeur ne conteste ni la légitimité ni le montant de la créance pour laquelle la commune de Muriaux a requis inscription et qu'ainsi l'existence d'un droit hypothécaire au profit de cette dernière est établie en principe;

4. qu'il n'est pas contesté non plus que le demandeur ait versé la somme de fr. 5768. 65, mentionnée dans la quittance subrogatoire émanant de la créancière;

5. que le défendeur allègue, à la vérité, que le paiement aurait été fait des deniers des époux Brossard, mais qu'il n'en fournit point la preuve;

6. que la subrogation consentie en faveur du demandeur est expresse et qu'elle a eu lieu en même temps que le paiement (art. 1250, N° 1 C. Civ.);

7. que, si la quittance n'a pas été rédigée sur papier timbré, l'inobservation de cette formalité ne détruit pas la valeur intrinsèque du titre, mais engendre seulement les conséquences prévues par l'art. 15 de la loi du 20 Mars 1834*);

8. que dès le jour où la quittance a été produite comme moyen de preuve dans la liquidation Brossard, ouverte au Greffe du Tribunal, elle a reçu date certaine; qu'il est constant qu'au moment de la production le demandeur

*) D'après l'art. 6 de la nouvelle loi sur le timbre (en vigueur depuis le 1er Juillet 1880), l'acte n'a aucune force probante tant que le droit de timbre n'a pas été acquitté. J.

se trouvait investi des droits attachés à la créance et du bénéfice de l'inscription hypothécaire du 14 Juillet 1877; que partant il est légitimé, comme ayant-cause de la commune, à l'égard des autres créanciers;

9. que l'inscription hypothécaire du défendeur n'ayant été prise que le 22 Décembre 1877, la priorité de rang appartient au demandeur (art. 2134 C. Civ.);

10. que par contre il y a lieu de réduire la collocation hypothécaire réclamée dans les conclusions; qu'en effet:

*a)* le demandeur ne peut avoir, par suite de la subrogation, plus de droits que n'en avait la commune créancière; or l'inscription du 14 Juillet 1877 ne garantissait en capital qu'une somme de fr. 4873. 46, reliquat du compte de 1874, dressé le 30 Octobre 1875 et apuré le 15 Juillet 1876, tandis que la demande comprend, outre ce 1er reliquat, le montant de ce qui était dû par Victor Brossard sur un exercice postérieur;

*b)* il ressort de la quittance subrogatoire que la commune, bien qu'elle eût pris inscription pour deux années d'intérêts et l'année courante, n'a pas perçu d'intérêts du demandeur; les sommes portées de ce chef dans l'inscription doivent donc être éliminées, la subrogation ne profitant au nouveau créancier que dans la limite de ses déboursés effectifs*);

*c)* les intérêts de la somme versée ne peuvent être colloqués hypothécairement qu'à partir du jour où le paiement a acquis date certaine;

11. qu'en ce qui concerne les frais de poursuites payés par le demandeur, celui-ci a droit à une collocation hypothécaire au même rang que pour le capital de fr. 4,873. 46, jusqu'à concurrence de la somme de fr. 60 énoncée dans l'inscription,

la Cour d'Appel et de Cassation adjuge les conclusions de la demande en ce sens que Jean Bouchat, comme étant aux droits de la commune de Muriaux, sera colloqué hypothécairement avant le défendeur pour

---

*) Tel est le caractère distinctif de la subrogation, nettement mis en relief par Aubry et Rau (Cours de droit civil franç. IV, p. 173—174, 1-7) et par Mourlon (Traité des subrogations personnelles, p. 13 . A cet égard une différence essentielle existe entre le *subrogé* et le *cessionnaire* qui peut réclamer du débiteur l'intégralité de la créance, quel que soit le montant du prix versé au cédant. J.

une somme principale de fr. 4933. 46, pour l'intérêt au 5 % de cette somme dès la date de la production par lui faite dans la liquidation de Victor Brossard et pour les frais de production, — déboute le demandeur desdites conclusions en tant qu'elles ont pour objet une collocation hypothécaire supérieure.

**14. Requête civile. — Son admissibilité en matière commerciale. — Ses effets.**

**François-Xavier Koller contre Charles Moschard.**

**(3 Juin 1880.)**

Par jugement du Tribunal de Commerce de Delémont en date du 6 Février 1879, confirmé le 27 Juin suivant, François-Xavier Koller, cultivateur à Bourrignon, avait été condamné à payer à Charles Moschard, banquier à Delémont, une somme de fr. 2800, montant d'un billet à ordre souscrit le 1er Octobre 1878 et revêtu de l'endossement de Joseph Jolidon, notaire audit lieu. Ensuite d'une plainte en faux contre l'endosseur Jolidon, celui-ci fut traduit devant les assises du 5e ressort. Le jury reconnut l'existence du faux et par arrêt du 11 Novembre 1879 la Chambre criminelle déclara nul le billet susmentionné. Charles Moschard poursuivit néanmoins l'exécution du jugement rendu contre Koller qui, se fondant sur les dispositions des art. 356 et 357 C. Proc. Civ. bern. (requête civile), formula les conclusions suivantes: plaise au Tribunal consulaire de Delémont 1° le replacer dans l'état antérieur au jugement du 6 Février 1879 et à l'arrêt confirmatif de la Cour d'Appel et de Cassation, 2° dire que, vu le dommage difficile à réparer, il sera sursis par mesure provisoire à la vente annoncée pour le 22 Novembre 1879, 3° ordonner qu'il sera procédé à nouveau sur les conclusions du défendeur Moschard. — Le défendeur conclut au rejet des 1er et 3e chefs de la demande et souleva une exception fori-déclinatoire quant au 2d; il allégua que l'arrêt de la Chambre criminelle ne lui était pas opposable, puisqu'il n'avait point paru comme partie devant la Cour d'assises; qu'en annulant le billet argué de faux, la Chambre criminelle avait reconnu qu'il avait été signé en blanc par Koller; que ce billet figurait déjà dans la procédure commerciale liée entre par-

ties avant l'arrêt du 11 Novembre 1879. — En modification du jugement de 1re instance, la Cour d'Appel et de Cassation adjugea au demandeur Koller le 1er chef de ses conclusions, tout en déclarant qu'il n'y avait pas à statuer sur les deux autres chefs,

attendu:

1. que la requête civile, admissible en matière commerciale (v. arrêt du 18 Février 1856), est recevable lorsqu'un moyen de preuve employé dans une instance déjà jugée, a été déclaré faux par un jugement pénal subséquent;

2. que ces conditions existent au cas particulier; qu'en effet l'arrêt de la Cour d'Appel et de Cassation du 27 Juin 1879 à teneur duquel Fr.-Xav. Koller a été condamné à payer à Ch. Moschard la somme principale de fr. 2800, se basait sur un billet à ordre signé par l'impétrant et produit dans l'instance par son adversaire, et que ce billet a été déclaré faux le 11 Novembre 1879 par la Cour d'assises du 5e ressort, statuant dans les limites de sa compétence et dont l'arrêt n'a été l'objet d'aucune voie de recours;

3. que la requête civile, lorsqu'elle est admise, n'ayant pour effet que de réintégrer l'impétrant dans l'état antérieur (art. 362, 2d alin., C. Pr. Civ.), il n'y a pas lieu de rechercher actuellement quelle influence l'arrêt susvisé de la Cour d'assises peut exercer sur les relations juridiques existant entre parties.

**15. Saisie-gagerie. — Conflit entre la loi française et la loi bernoise. — Abrogation virtuelle des dispositions du Code civil et du Code de Procédure civile français sur la saisie-revendication pour loyers et fermages.**

Bigard frères contre François Noirjean.

(25 Juin 1880).

Les époux Clément Monnat et Rosine née Chipret, aux Cerlatez près Saignelégier, devaient à François Noirjean, négociant au Noirmont, une somme de fr. 450, pour solde de fermage échu le 11 Novembre 1879. Par requête du

4 Décembre suivant, Noirjean sollicita du juge de Porrentruy l'autorisation de faire procéder à une saisie-gagerie sur diverses pièces de bétail par eux vendues aux frères François et Moïse Bigard, à Porrentruy, et se trouvant en la possession de ces derniers. La saisie fut autorisée et opérée le lendemain. Les frères Bigard formèrent opposition, posant en fait que la vente avait eu lieu le 26 Novembre 1879, que le même jour ils avaient pris livraison des pièces de bétail et les avaient transportées à Porrentruy, que dès lors la saisie était nulle, n'ayant pas été pratiquée dans le délai de cinq jours fixé par l'art. 648 C. Proc. Civ. bern., qu'en outre le procès-verbal de l'huissier ne satisfaisait pas, quant à la forme, aux prescriptions légales. Ils demandaient en conséquence l'annulation de la saisie avec dommages-intérêts. — Noirjean contesta le bien-fondé de l'opposition et prétendit qu'en sa qualité de bailleur il avait, aux termes de l'art 2102 n° 1 C. Civ. fr., un délai de quarante jours pour revendiquer entre les mains des tiers possesseurs les objets distraits de la ferme remise à bail. — La Cour s'est prononcée comme suit le 25 Juin 1880:

Considérant:

1. que les quatre pièces de bétail vendues par Clément Monnat aux demandeurs, ont été emmenées des Cerlatez à Porrentruy le 26 Novembre 1879;

2. qu'il n'a été procédé à la saisie que le 5 Décembre suivant, soit après l'expiration du délai de cinq jours fixé par l'art. 648 C. Proc. Civ. bern.;

3. que, selon le défendeur, cette saisie pouvait valablement, comme saisie-revendication, être pratiquée dans le délai de quarante jours, en conformité de l'art. 2102, n° 1 *in fine* C. Civ. fr.:

4. que des termes mêmes de la requête du 4 Décembre 1879 portant: « les lois en vigueur dans notre pays autorisent tout bailleur à faire saisir-gager les effets distraits dans les cinq jours de leur distraction », il ressort que le défendeur n'entendait pas se prévaloir du délai spécial de l'art. 2102, n° 1 C. Civ. fr., mais qu'il se référait aux dispositions de l'art. 648 C. Proc. Civ. bern., invoqué dans la même requête;

5. qu'en admettant que la mesure conservatoire du 5 Décembre 1879 eût réellement le caractère d'une saisie-re-

vendication opérée à teneur de l'art. 2102, n° 1, C. Civ., l'opposition des demandeurs serait néanmoins fondée; qu'en effet :

*a)* l'art. 2102, n° 1, C. Civ. qui accorde au bailleur un délai de 40 jours pour saisir les objets distraits de la ferme louée, est en contradiction manifeste avec l'art. 648 C. Proc. Civ. bern. qui ne lui accorde qu'un délai de 5 jours;

*b)* ces deux dispositions étant inconciliables, la 1re a été implicitement abrogée par le fait de la promulgation du Code de Proc. Civ. bern. (décret de promulg. du 2 Avril 1850, art. 2 *in fine*);

*c)* le même décret abroge expressément l'art. 819 C. Proc. Civ. franç. dont le 3e alinéa consacre l'exercice du droit de suite en mains tierces et dispose que le bailleur conserve son privilège sur les objets distraits, pourvu qu'il en ait fait la revendication conformément à l'art. 2102 C. Civ.; — en abrogeant l'art. 819 C. Pr. Civ. fr., le législateur a donc statué que l'art. 2102 C. Civ. et les délais qu'il fixe ne feraient plus règle pour la conservation du privilège du bailleur;

*d)* l'argument déduit de ce que les art. 826 à 831 C. Proc. Civ. franç., relatifs à la saisie-revendication, ne figurent pas au nombre des dispositions abrogées par le décret du 2 Avril 1850, est non concluant; la saisie-revendication est admise, en droit français, non seulement au profit du bailleur, mais dans d'autres cas déterminés; dès lors c'est à l'égard de ces derniers cas seuls que les art. 826 à 831 pourraient être envisagés comme maintenus, si d'ailleurs on ne devait pas reconnaître que, nonobstant le défaut d'abrogation expresse, ils sont, partiellement du moins, inapplicables sous l'empire de la procédure d'exécution organisée par la loi bernoise;

6. que la saisie étant nulle, vu l'expiration du délai légal de cinq jours, il est superflu d'examiner les autres moyens d'opposition des demandeurs;

7. que du 5 Décembre 1879 au 3 Janvier 1880 les demandeurs se sont trouvés, par suite de cette saisie, dans l'impossibilité de disposer des quatre pièces de bétail, dont l'entretien est resté à leur charge; qu'il résulte de là pour eux un préjudice incontestable et qu'en présence des élé-

ments d'appréciation fournis par les actes, ce préjudice peut être évalué à la somme de fr. 120,

la Cour d'Appel et de Cassation, confirmant et réformant en partie le jugement de 1re instance, adjuge aux demandeurs Bigard leurs conclusions et fixe à fr. 120 le montant des dommages-intérêts.

Un arrêt ultérieur du 8 Juillet 1880 a reconnu « que le Code de Procédure Civile bernois (art. 643—650), règle tout ce qui concerne les mesures à prendre par le bailleur pour la conservation de son privilège, spécialement la saisie entre les mains des tiers en cas de distraction des objets qui garnissaient l'immeuble remis à bail (art. 648); que la loi française diffère de la loi bernoise quant au délai pendant lequel le bailleur est autorisé à saisir (art. 2102, N° 1 *in fine,* C. Civ.), quant aux formes à suivre pour opérer la saisie (art. 830 C. Proc. Civ. franç.) et quant à l'obligation de faire valider (art. 831 ibid.); que, le Code de Proc. Civ. bern. régissant le canton entier, on ne peut admettre la coexistence, dans le Jura, de deux modes d'exécution différents ayant trait à la réalisation des mêmes droits; qu'ainsi, dès la promulgation de ce Code qui, du reste, abroge expressément et sans réserve l'art. 819 C. Proc. Civ. franç., la saisie-revendication pour loyers et fermages a cessé d'être en vigueur. »

**16. Demande accessoire de dommages-intérêts formée par action séparée postérieurement au jugement intervenu sur la demande principale. — Fin de non-recevoir.**

**Georges Gondelfinger contre Masse Chatelain.**

(1er Juillet 1880.)

Lors de l'inventaire des biens composant la succession, déclarée vacante, de Célestin Chatelain, horloger à St-Imier, le gérant comprit dans l'actif un certain nombre de pièces d'horlogerie qui furent revendiquées par Georges Gondelfinger, à Seloncourt. La demande introduite le 21 Novembre 1874 devant le Président du Tribunal de Courtelary, tendait à ce que Gondelfinger fût reconnu propriétaire et partant mis en possession desdits objets, confiés au Sr Chatelain à titre de dépôt; elle ne renfermait pas de conclusions

en dommages-intérêts. Cette revendication ayant été admise par arrêt du 3 Mars 1877, Gondelfinger fit notifier à la masse Chatelain, suivant ajournement du 22 Septembre 1878, une demande en dommages-intérêts à instruire selon les formes de la procédure ordinaire, demande fondée sur la dépréciation qu'avaient subie depuis l'inventaire les pièces d'horlogerie par lui revendiquées. La masse défenderesse souleva en 1re ligne une exception péremptoire qui lui fut adjugée par le Tribunal de Courtelary, et la Cour d'Appel et de Cassation confirma ce jugement,

attendu :

1. que, si la défenderesse ne peut invoquer le moyen péremptoire fondé sur l'autorité de la chose jugée, les conditions requises par l'art. 1351 C. Civ. faisant défaut, Gondelfinger n'en est pas moins déchu du droit d'intenter l'action actuelle; qu'en effet :

*a)* cette action tend à ce que la défenderesse soit condamnée à payer des dommages-intérêts à raison de l'impossibilité où le demandeur s'est trouvé de disposer de l'horlogerie comprise dans l'inventaire dressé après le décès de Célestin Chatelain, horlogerie revendiquée par citation du 21 Novembre 1874,

*b)* le fait qui motive la demande en dommages-intérêts existait déjà lorsque la demande en revendication a été introduite; l'inventaire porte la date du 21 Octobre 1874 et dès ce jour Gondelfinger était privé de sa propriété et exposé au préjudice dont il poursuit la réparation,

*c)* les dommages-intérêts résultant de la prise de possession par la masse sont en connexité intime avec la revendication provoquée par la même prise de possession et, aux termes de l'art. 16 C. Proc. Civ., toutes demandes connexes doivent être soumises cumulativement au juge compétent pour connaître de l'affaire principale,

*d)* ces dommages-intérêts ne sont en outre qu'un accessoire de l'action en revendication (v. art. 127 C. Proc. Civ.) et les principes généraux qui régissent la procédure s'opposent à la production successive d'actions indépendantes dont l'une n'est que l'accessoire de l'autre,

*e)* il ressort d'ailleurs des dispositions de l'art. 502 C. Proc. Civ. qu'un seul jugement doit statuer tout à la fois sur la demande en revendication et sur les dommages-intérêts,

*f)* Gondelfinger devait donc, dès sa 1^re^ demande, formuler, du moins en principe, ses conclusions en dommages-intérêts, ce qui eût donné lieu, si le principe avait été reconnu, à une liquidation ultérieure selon le mode sommaire tracé par les art. 336 et suiv. C. Proc. Civ.,

*g)* l'irrégularité des errements suivis résulte suffisamment du fait que la demande en revendication — qui constitue le procès principal — a été instruite d'après les règles de la procédure sommaire et jugée en 1^re^ instance par le Président du Tribunal (art. 504, 405 C. Proc. Civ.), tandis que le procès actuel qui ne concerne qu'une réclamation accessoire, a été instruit d'après les règles de la procédure ordinaire et jugé en 1^re^ instance par le Tribunal;

2. que le demandeur n'ayant pas introduit en temps utile son action en dommages-intérêts, celle-ci est frappée de péremption et que partant la fin de non-recevoir soulevée par la défenderesse se justifie au vu de l'art. 146, N° 1, C. Proc. Civ.

**17. Purge hypothécaire. — Collocation attribuée à la femme du vendeur pour le montant d'apports dont elle a conservé la propriété exclusive. — Opposition reconnue fondée.**

Albert Spahr contre Joséphine Spahr.

(12 Août 1880.)

Le 17 Mars 1878 Albert Spahr vendit à Justin Oeuvray, pour le prix de fr. 5640, un immeuble sis à la Schliff, territoire de Porrentruy. Ensuite de notification de purge à la requête de l'acquéreur, un ordre fut ouvert au Greffe du Tribunal. Par acte de production du 5 Juillet 1879 Joséphine née Maillat, épouse du vendeur, réclama, en vertu de son contrat de mariage, fr. 1650, plus les intérêts, demandant à être colloquée sur le prix de l'immeuble, comme créancière de Spahr, selon le rang de son hypothèque lé

gale. Le projet d'ordre lui ayant attribué une collocation utile, Spahr l'assigna devant le Président du Tribunal de Porrentruy pour voir dire et reconnaître 1° qu'il ne doit rien à la défenderesse et que c'est à tort qu'elle a été colloquée en capital et accessoires pour une somme de fr. 1731. 15, 2° que ladite collocation sera attribuée à l'opposant. Il alléguait à l'appui de ses conclusions que l'immeuble vendu était sa propriété, non celle de la communauté, qu'aucune séparation, soit de corps, soit de biens, n'avait été prononcée entre lui et la défenderesse (v. arrêt du 19 Juin 1879 rejetant une demande en séparation de biens formée par Joséphine Spahr, Zeitschr. XVII, p. 653) et qu'il n'avait distrait ni fait disparaître aucun des objets apportés en dot. La défenderesse maintint la régularité de la collocation, justifiée, selon elle, par les art. 2121 et 2135 C. Civ. et par l'état de déconfiture de son mari; elle contesta en outre que Spahr eût qualité pour attaquer le projet d'ordre. — L'arrêt suivant est intervenu le 12 Août 1880 :

Considérant :

1. qu'en cas de purge le vendeur doit être admis à requérir l'élimination des créances qui, d'après lui, ont été indûment colloquées sur le prix de vente, puisqu'il a droit à la partie du prix non absorbée par les charges hypothécaires; qu'ainsi la défenderesse ne peut prétendre que Spahr soit sans qualité pour former opposition au projet de répartition du 12 Septembre 1879;

2. que dans la liquidation ouverte au Greffe du Tribunal de Porrentruy la défenderesse a produit comme créancière de Spahr suivant contrat de mariage du 17 Février 1873, demandant à être colloquée, selon le rang de son hypothèque légale, sur le prix de l'immeuble vendu par son débiteur, et que le projet de répartition lui attribue, à titre de délégation, en capital et accessoires, une somme totale de fr. 1731. 15, à percevoir de l'acquéreur Oeuvray;

3. que la femme mariée peut, il est vrai, même avant la dissolution de la communauté, faire valoir son hypothèque légale à l'effet d'obtenir une collocation provisoire ou éventuelle, lorsque le mari se dessaisit des immeubles qui lui servent de garantie (v. art. 2193—2195 C. Civ.); mais que rationnellement elle n'est fondée à réclamer une

collocation définitive et le versement entre ses mains du montant de sa créance que s'il y a faillite, cession de biens ou déconfiture du mari, ce que la défenderesse elle-même a reconnu d'une manière implicite en alléguant l'état de déconfiture de Spahr; que le demandeur n'est point en état de faillite ou de cession de biens et que la preuve de la déconfiture fait défaut, de sorte que, par ce motif déjà, l'opposition se justifie;

4. que d'autre part la somme réclamée dans l'acte de production représente la valeur d'un trousseau et d'un cheval constituant l'apport mobilier de la défenderesse, apport dont celle-ci a conservé la propriété exclusive, les époux Spahr ayant adopté le régime de la communauté réduite aux acquêts; que cette somme ne pourrait être colloquée comme créance garantie par l'hypothèque légale (art. 2121, 2135 C. Civ.) que s'il était prouvé qu'au moment de la production les objets apportés en mariage n'existaient plus en nature par le fait du mari; que Spahr conteste expressément dans sa demande avoir distrait ou aliéné l'apport de sa femme; que la preuve du contraire était à la charge de la défenderesse qui ne l'a nullement administrée; que l'existence de l'apport en nature est donc établie d'où il suit que Dame Spahr n'avait aucun droit ouvert et actuel l'autorisant à se faire attribuer une portion déterminée du prix de vente et qu'en conséquence la collocation attaquée manque de fondement,

la Cour d'Appel et de Cassation, en confirmation du jugement de 1re instance, adjuge les conclusions de la demande.

**18. Revendication d'immeubles et d'objets mobiliers saisis. — Vente mobilière non suivie de tradition réelle. — Principe spécial de l'art. 503 C. Proc. Civ.**

Virginie Folletête contre Jacob Merkt.

(14 Octobre 1880.)

Pour obtenir paiement d'une somme de fr. 462. 48, due suivant jugement du 2 Décembre 1879, Jacob Merkt, propriétaire à St-Imier, fit procéder le 20 Février 1880 à une saisie mobilière et immobilière au domicile de Joseph Folletête, cordonnier aux Sairains, commune de St-Brais.

Virginie Folletête, fille du débiteur, introduisit contre le saisissant une demande en revendication, appuyée sur deux actes de vente passés à son profit devant Me Beuret, notaire, le 21 Octobre 1879. Merkt contesta la force obligatoire de ces actes, vu le défaut de délivrance des immeubles et du mobilier vendus; il ajoutait, sans prendre de conclusions en nullité, que les ventes invoquées avaient été uniquement faites dans le but de soustraire les biens de Joseph Folletête à l'action de ses créanciers. La demanderesse allégua que la mise en possession des immeubles s'était opérée par l'effet même du contrat de vente et que la tradition des meubles avait eu lieu par le seul consentement des parties, celles-ci habitant la même maison. — Le Président du Tribunal des Franches-Montagnes avait rejeté la demande tant à l'égard des immeubles qu'à l'égard du mobilier; par arrêt du 14 Octobre 1880 la Cour d'Appel et de Cassation a statué comme suit:

Considérant:

1. que la demanderesse invoque, à l'appui de ses conclusions, les deux actes de vente intervenus entre elle et Joseph Folletête le 21 Octobre 1879, comprenant l'un les immeubles, l'autre les objets mobiliers saisis le 20 Février 1880;

2. qu'aux termes de l'art. 503 C. Proc. Civ., les objets mobiliers qui ont appartenu au débiteur poursuivi ne sont susceptibles de revendication que si l'opposant prouve qu'il a été mis en possession réelle, avant la saisie, par la délivrance desdits objets, la loi déclarant sans valeur, en pareil cas, toute mutation de propriété mobilière qui ne s'est pas révélée par un signe visible et extérieur;

3. qu'il n'est point établi que le bétail et les meubles vendus aient été réellement délivrés à Virginie Folletête; que le procès-verbal de l'huissier constate au contraire qu'ils se trouvaient encore, à la date de la saisie, au domicile du vendeur; que du reste, de l'aveu de la demanderesse, la tradition n'a eu lieu que par le consentement des parties contractantes;

4. qu'en ce qui concerne les immeubles, la revendication n'est subordonnée par le Code de Procédure Civile à aucune condition spéciale, de sorte que le principe général en vertu duquel le propriétaire est, comme tel, investi du

droit de revendiquer, conserve son empire et doit seul faire règle;

5. que la vente est par elle-même translative de propriété, non seulement entre les parties, mais à l'égard des tiers (art. 1583, cf. art. 2182 C. Civ.); que cette transmission de propriété s'opère indépendamment de la délivrance qui n'est point un élément constitutif de la vente, mais une obligation imposée au vendeur et découlant du contrat (art. 1582, 1603 ib.); qu'ainsi le défaut de délivrance d'un immeuble, qui autorise l'acquéreur à exercer contre le vendeur les actions mentionnées aux art. 1610 et suiv., n'empêche nullement la vente d'être parfaite et ne peut altérer le droit de propriété de l'acquéreur; que Virginie Folletête est donc devenue, dès le 21 Octobre 1879, propriétaire définitive de la maison d'habitation et des autres immeubles revendiqués....;

6. que, si le défendeur entendait faire prononcer la nullité de la vente à teneur de l'art. 1167 C. Civ., il devait articuler les faits et produire les preuves nécessaires à la justification d'une demande en nullité; que l'action révocatoire, lorsqu'il s'agit d'un contrat à titre onéreux, n'est recevable que s'il y a tout à la fois préjudice causé, intention frauduleuse de la part du débiteur et complicité du tiers qui a traité avec le débiteur (v. arrêts du 27 Mai 1875 et du 28 Juin 1876); que Merkt ne pose pas en fait que ces diverses conditions existent dans l'espèce; qu'il allègue à la vérité que Folletête père n'a vendu ses immeubles et son mobilier à sa fille que dans le but de se soustraire aux actions des créanciers, mais que cette allégation qui n'est corroborée par aucun moyen de preuve, est évidemment insuffisante,

la Cour d'Appel et de Cassation déboute la demanderesse de ses conclusions en tant qu'elles concernent le mobilier revendiqué, lui adjuge par contre ses conclusions en tant qu'elles ont trait aux immeubles.

# Entscheidungen des aarg. Obergerichts 1881/1882.

Von Oberrichter Fr. Schneider.*)

**Wohnungsrecht. Wenn das mit der Dienstbarkeit der Wohnung belastete Haus durch Brand zerstört wird, so hat der Wohnungsberechtigte Anspruch auf den Zins des dem Werthe der Servitut gleichkommenden Theils der Assekuranzsumme.**

Frau Breisacher, Klägerin, c. Zimmermann, Bekl.

Urtheil vom 18. Januar 1882.

Am 29. Februar 1868 schlossen Joh. Breisacher, alt Gemeindrath von Döttingen, und seine Frau Verena, geb. Knecht, mit ihren Kindern einen Vermögensabtretungsvertrag ab, in Folge dessen dem Sohne Joh. Breisacher zufiel und zugefertigt wurden: das Wohnhaus, Scheune, Stallung und Schopf, nebst Kraut- und Baumgarten dabei. Von den aufgestellten Bedingungen und Vorbehalten lautet Nr. 2:

„Der Vater Joh. Breisacher behält für sich und seine Ehe„frau zur lebenslänglichen Benutzung und Gebrauche vor: In der „Stube zu wohnen, die Stubenkammer (in welche der Ofen geht), „in der Küche, im Estrich und im Keller, sowie den obern Theil „vom Garten und die Hälfte vom Obstwachs; auch wird der Wohn„sitz im Hause für die übrigen Kinder, so lange sie ledig bleiben, vorbehalten." Als der Sohn Joh. Breisacher im Jahr 1873 in den Geltstag fiel, meldete Vater Breisacher das für sich, seine Ehefrau und seine ledigen Kinder vorbehaltene Wohnungsrecht in dem Sinne an, daß davon im Geltstagsprotokoll Vormerkung genommen und das Haus nur unter dem Vorbehalt dieses Rechts verkauft werde. Diesem Begehren wurde entsprochen und das fragliche Wohnungsrecht als auf dem Hause haftend angezeigt, indem der Artikel 2 der Bedingungen und Vorbehalte des Vermögensabtretungsvertrages vom 29. Febr. 1868 vorgelesen wurde.

*) Wegen Raummangels können wir nicht alle uns zugestellten Urtheile des Aargauer Obergerichts in dieses Heft aufnehmen und heben daher für diesmal nur das obstehende heraus, welches die nämliche Frage wie das auf S. 343 hievor mitgetheilte bern. Urtheil, freilich in entgegengesetztem Sinne entscheidet. Red.

An der Geltstagssteigerung erstand der Beklagte Alois Zimmermann das Wohnhaus nebst noch andern Liegenschaften, und es übte Vater Breisacher für sich, seine Frau und seine ledige Tochter Anna das zu ihren Gunsten überbundene Wohnungsrecht bis zum 1. Juni 1880 aus. An diesem Tage brannte das Haus ab und es war Vater Breisacher genöthigt, anderswo eine Wohnung zu suchen. Der Beklagte als Eigenthümer des abgebrannten Gebäudes erhielt von der Brandversicherungsanstalt die Versicherungssumme im ausgemittelten Betrage von Fr. 3450 und verkaufte den Hausplatz sammt Umgelände um Fr. 1600 an Benedikt Dreifuß von Endingen, welcher ihn auch wieder veräußerte. Vater Breisacher, von der Ansicht ausgehend, daß an die Stelle des abgebrannten Hauses die Versicherungssumme getreten sei und daß ihm und den Mitwohnungsberechtigten ein dem Wohnungsrecht entsprechender Miethzins, den sie zu Fr. 80 per Jahr veranschlagen, zu zahlen oder die Nutznießung an einem Capital zu gewähren sei, deßen Zinsertrag obiger Summe gleichkomme, forderte den Beklagten durch eine Kundmachung auf, diese Ansprüche anzuerkennen. Jener verweigerte aber eine zustimmende Erklärung abzugeben, und es sind dann, nachdem Vater Breisacher inzwischen gestorben war, dessen Frau Verena, geb. Knecht, und Tochter Anna Breisacher mit einer Klage gegen ihn aufgetreten, welche mit folgenden Begehren schließt:

Beklagter sei zu verhalten, von der einkassirten Assekuranzsumme fraglichen Hauses und resp. von dem Erlöse des Bauplatzes den Klägern vom 1. Juni 1880 an und so lange sie leben, resp. ledig bleiben, ein Zins tragendes Kapital nutznießen zu lassen, welches einer jährlichen Rente von Fr. 80, eventuell Experten oder richterliches Ermessen vorbehalten, gleichkommt. Eventuell der Beklagte habe den Klägern Jahr für Jahr vom 1. Juni 1880 an und so lange sie leben, resp. ledig bleiben, von der erhaltenen Assekuranzsumme Fr. 80 Zinse (richterliches Ermessen oder Experten vorbehalten) auszurichten.

In zweiter Eventualität: Beklagter sei schuldig, aus der empfangenen Assekuranzsumme auf der alten Baustelle ein Wohnhaus zu erstellen und darin den Klägern eine der abgebrannten annähernd gleiche Wohnung unentgeltlich zur Verfügung zu halten, eventuell den Klägern eine der alten annähernd gleiche Wohnung unentgeltlich vom 1. Juni 1880 an gerechnet, anzuweisen u. s. f.

Der Beklagte bestritt das Klagbegehren unter Berufung auf § 556 des a. C.-G., wonach die Dienstbarkeit des Wohnungsrechts durch den Untergang des betreffenden Hauses erlösche, und verlangte Abweisung des klägerischen Anspruchs.

Was nun den Klagschluß anbetrifft, so wurde das in erster Linie gestellte Begehren als begründet erklärt, indem man

befunden:

Die thatsächlichen Verhältnisse, soweit sie für die Beurtheilung der prinzipiellen Frage in Betracht fallen, sind nicht streitig, und die Parteien sind darüber einig, daß den Klägern die Dienstbarkeit des Wohnungsrechts an dem abgebrannten Hause zustand; dagegen behaupten die Kläger, daß dieselbe durch das Abbrennen des Hauses nicht erloschen, sondern nur in die Dienstbarkeit des Gebrauches oder Nutznießung an demjenigen Capital umgeändert worden sei, welches den Werth des Wohnungsrechts repräsentire, während der Beklagte seine Vertheidigung gegen die Klage auf die Vorschrift des § 556 des a. C.-G. stützt, wonach der Untergang des dienenden Gutes die Dienstbarkeit einstellt und diese nur dann wieder auflebt, wenn das Gut wieder hergestellt wird. Da er nun — argumentirt der Beklagte weiter — die bestimmte Erklärung abgegeben, daß er das Haus nicht wieder aufbaue und deßhalb den Hausplatz verkauft habe, so sei die Dienstbarkeit des Wohnungsrechts gänzlich erloschen und den Klägern stehen von daher keine Ansprüche mehr zu. Tritt der obere Richter auf die Prüfung dieser zwischen den Parteien streitigen prinzipiellen Frage ein, so muß er anerkennen, daß nach einem allgemein geltenden, aus dem Begriff der Dienstbarkeit als eines dinglichen Rechts an einer fremden Sache selbst abgeleiteten Grundsatz eine Servitut mit dem Untergange der Sache erlischt. Das aarg. Recht hat diesem Satz des gemeinen Rechts in der Weise Rechnung getragen, daß nach § 566 des a. C.-G. der Untergang des dienenden Gutes die Dienstbarkeit einstellt und diese erst wieder mit der Wiederherstellung jenes auflebt; es unterscheidet sich vom gemeinen Recht nur darin, daß es die Servitut nicht erlöschen läßt, sondern nur einstellt und daß es bei Wiederherstellung der Sache alle Dienstbarkeiten wieder aufleben läßt, während jenes das Wiederaufleben auf die Realservituten beschränkt und die Personalservituten davon ausnimmt. Diese Differenz fällt aber bei Lösung der streitigen Frage nicht in Betracht, weil der Beklagte die Erklärung abgegeben hat, daß nicht mehr gebaut werde und es so ziemlich auf Eins herauskommt, ob die Servitut nur für immer eingestellt oder erloschen ist. Es muß also unter allen Umständen untersucht werden, welche Wirkung die Zerstörung des Gebäudes durch den stattgehabten Brand auf die den Klägern daran zustehende Dienstbarkeit des Wohnungsrechts ausgeübt hat. Bei dieser Frage darf man aber nicht allein auf das gemeine Recht abstellen, welchem

unser aarg. Recht in der Servitutenlehre gefolgt ist und welches von seinem Standpunkt aus an den physischen Untergang der dienenden Sache die Erlöschung der darauf haftenden Servitut knüpft, sondern es muß dabei auf die moderne Rechtsentwicklung Rücksicht genommen und es dürfen Rechtsinstitute nicht außer Acht gelassen werden, welche das neuere Recht gerade zu dem Zwecke gebildet hat, um für den physischen Untergang von Sachen ein Aequivalent zu schaffen und die nachtheiligen Wirkungen desselben für diejenigen, welchen daran Vermögensrechte zustehen, aufzuheben. Zu diesen Instituten des neuern Rechts gehören die Versicherungsverträge und ganz besonders liegt es im Zweck und in der Absicht der obligatorischen Gebäudeversicherung, dem Gebäudeeigenthümer für den Fall eines Brandes den Werth des untergegangenen Gebäudes zu ersetzen, ihm also in der Entschädigungssumme einen Gegenwerth zu verschaffen. Wo daher, wie im Kanton Aargau, eine obligatorische Gebäudeversicherung besteht, kann ein Gebäude als Vermögensobjekt durch Brand gar nicht untergehen; wenn irgendwo, so trifft hier der Satz zu: pretium (Brandschadensvergütung) succedit in locum rei und bei Eintritt eines Brandes geht das Haus im rechtlichen Sinne nicht zu Grunde, sondern die Versicherungssumme tritt an dessen Stelle; folglich erlischt auch die Dienstbarkeit des Gebrauchs oder der Fruchtnießung an dem Gebäude keineswegs, sondern sie nimmt nur den Charakter des Gebrauchs resp. der Nutznießung an dem das Wohnungsrecht repräsentirenden Capitalwerth an. Dieses ist unbestritten und kann wohl im Ernste nicht bezweifelt werden in dem Fall, wenn Jemanden die Fruchtnießung an einem ganzen Gute mit verschiedenen Gebäulichkeiten zusteht und eines der letztern abbrennt und nicht wieder aufgebaut, dagegen die Versicherungssumme ausbezahlt wird; daß nicht der Eigenthümer, welcher durch Verleihung der Fruchtnießung an einen Dritten von jedem Ertrag des betreffenden Gutes ausgeschlossen ist, die Zinse von der das abgebrannte Gebäude repräsentirenden und ausbezahlten Versicherungssumme beziehen darf, ist einleuchtend. Ebenso wird sich mit keinem plausibeln Grund bestreiten lassen, daß, wenn Jemand die Fruchtnießung an einem ganzen Gebäude hat und dieses abbrennt, ohne wieder aufgebaut zu werden, ihm das Nutznießungsrecht an der dem Eigenthümer ausbezahlten Versicherungssumme zusteht und daß in einem solchen Fall der Letztere nicht die Brandentschädigung, welche an die Stelle des Hauses getreten ist, einstecken und damit die Dienstbarkeit willkürlich aufheben kann.

Wenn aber der aufgestellte Grundsatz in den angeführten Fällen richtig ist, so muß er auch Anwendung finden, wenn dem

Dritten nur eine theilweise Nutznießung an einem durch Brand zerstörten Gebäude zugestanden hat, d. h. wenn ihm ein Wohnungsrecht auf bestimmte Lokalitäten als Dienstbarkeit eingeräumt worden ist. Wie das Recht der Fruchtnießung am ganzen Gebäude durch den Brand nicht untergeht, sondern nur in eine Fruchtnießung an der dem Eigenthümer ausbezahlten Versicherungssumme — falls das Gebäude nicht wieder aufgebaut wird — umgeändert wird, so erlischt auch das Wohnungsrecht, welches auf bestimmte Räume beschränkt ist, durch den Brand nicht, sondern es muß der Werth dieses Wohnungsrechts als Dienstbarkeitsobjekt an dessen Stelle treten.

Ein ganz analoges Verhältniß zeigt sich auch bei Zwangsexpropriationen: Sehr oft müssen beim Bau von Eisenbahnen oder andern öffentlichen Werken Häuser beseitigt werden oder es erleiden solche einen größern oder kleinern Minderwerth; es ist noch Niemanden eingefallen, zu behaupten, daß, wenn an solchen Häusern Dritte die gleichen Nutzungsrechte haben, ihnen keine Ansprüche auf die Entschädigungssumme zustehen, sondern es gilt allgemein als Rechtens, daß sie ganz oder theilweise die Letztern zu genießen haben, d. h. daß ihnen davon der Zins zukommen muß. Wollte man den § 556 des a. C.-G. wörtlich und buchstäblich nehmen, so müßte man in einem solchen Falle sagen: Durch Schleifen des Gebäudes sind alle Dienstbarkeiten daran erloschen und nur der Eigenthümer hat Anspruch auf volle Entschädigung.

Aus der bisherigen Erörterung folgt, daß § 556 des a. C.-G. auf den vorliegenden Fall nicht angewendet werden kann, weil im rechtlichen Sinne das Haus, an welchem den Klägern ein Wohnungsrecht zustand, nicht untergegangen, sondern an dessen Stelle die Brandschadensvergütung getreten ist und daher jenen als Dienstbarkeitsberechtigten die Nutznießung desjenigen Theiles der Letztern zusteht, welcher dem Werth der Dienstbarkeit gleichkommt.

Wollte man aber auch diesen Standpunkt nicht gelten lassen und trotz der Gebäudeversicherung annehmen, das Wohnungsrecht sei mit dem Abbrennen des Hauses erloschen, so würde sich die Klage noch aus einem andern Gesichtspunkte rechtfertigen. Nach Lage der Akten steht fest, daß das abgebrannte Haus in seinem vollen Werth versichert gewesen und daß dabei für das Wohnungsrecht, das darauf haftete, kein Abzug gemacht worden ist; nach dem Brande wurde wiederum der ganze Schaden abgeschätzt und an den Beklagten als Eigenthümer ausbezahlt, ohne daß darauf Rücksicht genommen wurde, daß das Eigenthumsrecht durch das den Klägern zustehende Wohnungsrecht beschränkt und damit der Werth des Hauses um denjenigen des Wohnungsrechts vermindert war. Der

Beklagte hat daher durch Behändigung der Brandschadensvergütung und durch Verkauf des Hausplatzes den vollen Werth des Hauses sammt Platz und damit auch den in dieser Summe inbegriffenen Werth des Wohnungsrechts erhalten; also ist er ohne rechtmäßigen Grund in den Besitz eines Vermögensobjekts gekommen, das den Klägern gehört, und es liegt auf Seite des Beklagten eine Bereicherung auf Kosten jener vor, welche dem Rechte und der Gerechtigkeit nicht entspricht. Freilich hat das aarg. Recht keine spezielle Bestimmung für einen solchen Fall, wo nach gemeinem Recht unzweifelhaft der Beklagte mit der condictio sine causa belangt werden könnte; allein nach § 13 des a. C.-G. ist der Richter in solchen Fällen auf die natürlichen Rechtsgrundsätze verwiesen und gerade diese erklären eine Bereicherung des Einen auf Kosten und zum Schaden des Andern als unzulässig.

# Literarische Anzeigen.

**Gegen die Todesstrafe.** Eine Rede des niederländischen Justizministers Modderman, gehalten in der zweiten Kammer der Generalstaaten, am 26. Oktober 1880. Gewürdigt von Dr. C. Eduard Pfotenhauer, Professor der Rechtswissenschaft. Bern, B. F. Haller.

Am 26. Oktober 1880 berieth die zweite Kammer der Generalstaaten über die Wiedereinführung der Todesstrafe. Nach geschlossener Debatte nahm der Justizminister und frühere Professor des Strafrechts, Modderman, das Wort, „um auch die Nation außerhalb der Kammer zu beruhigen und sie von Betrachtungen abzulenken, welche in den letzten Wochen, wenn auch in gutem Glauben, aber mit großem Leichtsinn und unbeschreiblicher Oberflächlichkeit zur Anpreisung des Blutgerüstes vorgetragen worden seien."

Der Antrag auf Wiedereinführung der Todesstrafe wurde sodann mit einer Zweidrittelmehrheit abgelehnt.

Diese in's Deutsche, Französische und Italienische übersetzte Rede hat den hochverehrten Senior der schweizerischen Kriminalisten, Hrn. Professor Dr. Pfotenhauer in Bern, veranlaßt, zum dritten Male die Vertheidigung der Todesstrafe zu übernehmen und die Argumente seines niederländischen Fachgenossen einer

scharfen Kritik zu unterstellen. Die Schrift darf nicht blos als ein gelehrter Beitrag zu der reichen Literatur über die Todesstrafe angesehen werden; sie ist vorzüglich eine Streitschrift, aber im besten Sinne des Wortes. Ueberall leuchtet nns das heilige Feuer einer durch allseitige Prüfung gewonnenen und festgehaltenen wissenschaftlichen Ueberzeugung entgegen.

Nach einigen interessanten Mittheilungen über den Stand der Gesetzgebung in der Todesstraffrage geht der Verfasser auf den Inhalt der Rede über und bespricht, dem Gedankengang des Redners folgend, zunächst die Bedeutung der Volksüberzeugung, untersucht den Werth des Arguments, die Gegner der Todesstrafe rekrutiren sich hauptsächlich aus Ungläubigen und Revolutionären, erörtert die Stellung der Monarchen zu der Bewegung gegen die Todesstrafe und tritt endlich der Behauptung, die Mehrzahl der Juristen, insbesondere der Kriminalisten, seien Gegner der Todesstrafe, in einläßlicher Ausführung entgegen. Interessant ist namentlich der Nachweis, daß Feuerbach niemals in das Lager der Abolitionisten übergegangen sei.

Um dem bisherigen Gedankenlauf einen Ruhepunkt zu gönnen, wird das Urtheil eines „schlichten holländischen Bürgers mit gesundem Menschenverstand“ welcher bisher der Rede aufmerksam gefolgt sei, eingeschoben. Demselben ist klar geworden, „daß die Vertheidiger der Todesstrafe weit mehr theologische, juristische und Zweckmässigkeitsgründe aufzuweisen haben, als unser Minister, der immer nur die eine Nothwendigkeit der Besserung des Mörders entgegenzusagen weiß“ und er kommt zu dem Resultat, „man sollte unserer Justitia um der Gerechtigkeit und um unserer eigenen Sicherheit willen das Schwert lassen und ihr nicht anstatt desselben einen großen Käfig in die Hand geben. Denn der Ausspruch: „Wer einen Mord mit böslichem Vorbedacht begeht, hat sein Leben verwirkt“, scheint mir doch gerechter, auch unsern dermaligen Verhältnissen und Bedürfnissen angemessener zu sein, als das Gebot unseres Ministers: „Wer gemordet hat, muß gebessert werden“.

Den Namen des schlichten holländischen Bürgers mit gesundem Menschenverstande verschweigt Herr Prof. Pfotenhauer.

Nach dieser Episode beleuchtet der Verfasser die vier juristischen Hauptgründe Modderman's gegen die Todesstrafe, ihre Untheilbarkeit, Unheilbarkeit, die Unsicherheit und Seltenheit ihrer Anwendung und ihre angebliche Sühnelosigkeit und bekämpft alle diese Gründe sehr eingehend.

Endlich geißelt der Verfasser die Theorie von der Entbehrlichkeit der Todesstrafe in besonders scharfer Weise.

Zu weit geht er aber entschieden, wenn er auf das Schlußbekenntniß Modderman's:

„Ich habe die Frage seit vielen Jahren unbefangen untersucht und seit lange die Ueberzeugung gewonnen, welche bis jetzt durch keine einzige Thatsache erschüttert werden konnte,"

dem Redner einen Besuch „der meist noch schaffotlosen Schweiz" empfiehlt, wo die Zeitungen fast in jeder Woche wenigstens einmal Nachrichten von immer neuer Raublust und Meuchelmorden bringen und annimmt, die Anschauung unserer schweiz. Zustände könnte Herrn Modderman aus einem Saulus zu einem Paulus machen.

Unsere Zeitungen berichten allerdings oft von „Mordthaten", glücklicherweise figuriren darunter aber eine größere Zahl von Fällen, bei welchen von vorbedachter Tödtung, von „Mord" im strafrechtlichen Sinne, nicht gesprochen werden kann. St.

**L. Rehfous, Dr en droit, la Faillite des non-commerçants,** Paris, Genève et Neuchâtel (Sandoz) 1882. XI et 125 pages in-8°.

Die vorliegende Schrift eines geachteten Genfer Advokaten bildet einen willkommenen Beitrag zu der Literatur über das in Arbeit liegende, von vielen Seiten mit Ungeduld erwartete eidgenössische Betreibungs- und Konkursgesetz, über welches wir im vorigen Hefte dieser Zeitschrift Einiges beigebracht haben *). Der Verfasser stellt sich die Beantwortung der Frage zur Aufgabe, ob Angesichts der dem eidg. Obligationenrecht zu Grunde liegenden prinzipiellen Aufhebung des Unterschiedes zwischen Kaufleuten und Nicht-Kaufleuten eine solche Trennung auf dem Gebiete des Schuldbetreibungsrechtes festgehalten werden solle, und

*) Bei diesem Anlaß bitten wir, den auf S. 283 stehen gebliebenen argen Druckfehler *le* statt *la* poursuite zu berichtigen und stellen auf Wunsch des Herrn Adv Serment aus Genf fest, daß sein S. 287 angeführtes Votum nicht den ihm dort infolge irrthümlicher Auffassung des Protokolls beigelegten Sinn hatte. Hr. Serment schreibt: J'ai dit qu'à Genève, pour les commerçants, la faillite n'était pas absolument obligatoire et que les créanciers étaient libres de faire pratiquer des saisies. J'ai ajouté que, dans la pratique, ils recouraient toujours de préférence à ce dernier moyen et ne déposaient une requête en faillite qu'à la dernière extrémité, bien qu'à Genève la saisie ne donne aucun privilège au premier saisissant. Quant à une exécution générale contre les non-commerçants, nous ne connaissons rien de semblable, et cette exécution ne peut résulter que du cumul des exécutions spéciales. Man sieht indeß aus Obigem, daß die saisie, wenn der Schuldner keine Immobilien besitzt, einer Generalliquidation sehr ähnlich wird.

gelangt auf dem Wege einer sehr gründlichen, theoretisch-praktischen Untersuchung zu einer verneinenden Antwort, was ihm um so höher anzurechnen ist, als er damit der in Frankreich zur Zeit noch herrschenden, auf Grund vielhundertjähriger Satzung und Uebung erwachsenen, in Fleisch und Blut der Juristen wie des Volkes übergegangenen Anschauungsweise entgegentritt, die bekanntlich auch in unsern welschen Kantonen noch sehr stark vertreten ist. Der Verfasser zeigt eine genaue Bekanntschaft mit der deutschen wie mit der sonstigen ausländischen Gesetzgebung und Literatur, sowie mit den bezüglichen Institutionen der deutsch-schweizerischen Kantone und den eidgen. Entwürfen, und seine Studie, obschon wesentlich auf die Genfer'schen Einrichtungen basirt, verdient daher auch bei uns volle Beachtung; namentlich möchten wir sie unsern jurassischen Herren Kollegen empfehlen. — Das 1. Kap. legt den dermaligen Zustand des Genfer Betreibungswesens dar mit Auseinandersetzung der Unterschiede gegenüber andern Rechten. So wird zunächst der Begriff der saisie festgestellt, welchem eine Beschlagnahme der betreffenden Objekte und zwar regelmäßig des gesammten körperlichen Mobiliarvermögens zu Gerichtshanden und eine Betheiligung sämmtlicher binnen einer gewissen Frist angemeldeten Gläubiger eigenthümlich ist, während hingegen ein eigentliches Pfandrecht durch dies Verfahren nicht begründet wird. Die Kosten sind bedeutend, die „Hütung" eine nur nominelle; die Versteigerung findet gewöhnlich erst 6 bis 12 Monate nach der Beschlagnahme statt. Der Schuldner sucht sich durch Abschlagszahlungen neue Fristen zu verschaffen und kann noch bis zuletzt gegen die saisie Einspruch erheben. Betrifft die saisie Forderungen des Schuldners oder Sachen, die hinter einem Dritten liegen, so muß jedesmal ein gerichtliches Verfahren behufs Feststellung des Sachverhältnisses stattfinden (wie früher in Bern); endlich scheint es an Mitteln zu fehlen, um den Schuldner zur getreuen und vollständigen Angabe pfändbarer Sachen anzuhalten, sowie um Verschleppung von Vermögensgegenständen zu verhindern. Die Kosten sind übermäßig groß und ganz unabhängig von der Höhe des Schuldbetrages. — Im 2. Kap. werden die Vorschläge geprüft, welche das Vollziehungsverfahren auf Grundlage einer reformirten saisie aufbauen wollen: de Seigneux einer- und Minderheit der frühern bundesräthlichen Kommission andererseits. Letztere schlägt ungefähr Dasjenige vor, was jetzt bei uns im Jura gilt: Pfändungsverfahren mit Betheiligung aller Gläubiger am Erlös, jedoch mit der Modifikation, daß bei Insuffizienz der Pfänder der Betreibungsbeamte ex officio weitere Pfändungen veranstalten kann (p. 28). Der Verfasser kommt hierbei auf die



Frage zu sprechen, ob es zweckmäßig sei, die Einleitung der Schuldbetreibung für bloße prétention, ohne vorausgehendes Urtheil oder andern exekutorischen Titel, zu gestatten und hält dies System für unpraktisch, da es ja doch recht selten dazu kommen werde, daß der Gläubiger pfänden könne, ohne einen solchen Titel in Händen zu haben; er geht nämlich von der Annahme aus, der Schuldner werde stets Widerspruch gegen die Zahlungsaufforderung erheben, wenn auch nur, um Zeit zu gewinnen. Diese Voraussetzung beruht aber auf Irrthum und ist heute fast allseitig aufgegeben (S. 291 hievor). Wir erlauben uns, in dieser Beziehung auf die treffenden Worte Keller's in seinen Vorlesungen über Wechselrecht (ungedruckt) hinzuweisen, wo er sagte: „Der Grundfehler aller gemeinrechtlichen und preußischen Exekutionsvorschriften ist der, daß die Exekution auf dem Wege der streitigen Gerichtsbarkeit eingeleitet, verhandelt und zum Ziel geführt werden muß. Es liegt diesem System die Voraussetzung zu Grunde, daß, wer eine Forderung nicht bezahlt, dieses in der Regel deßwegen unterläßt, weil er eine rechtliche Einwendung dagegen zu haben glaubt. Diese Voraussetzung ist grundfalsch; vielmehr ist unter 100 Fällen in 99 der einzige Grund der, daß er nicht zahlen kann. Um dieses 100sten Falles willen unterwerfen wir auch die 99 Creditoren einer rechten Forderung allen Formen der Contention. Dem wird einzig abgeholfen durch dasjenige System, nach welchem die Exekution im Allgemeinen zum Gegenstand der freiwilligen Gerichtsbarkeit gemacht wird u. s. w. Keller hatte hier offenbar das Betreibungssystem der deutschen Schweiz im Auge, dessen praktische Vorzüge ihm wohl bekannt waren, und nicht der geringste dieser Vorzüge, für den Schuldner wie für den Gläubiger, liegt doch darin, daß die sozusagen ohne Kosten erlangte stillschweigende Anerkennung des Schuldners zur Einleitung der eigentlichen Vollziehung genügt. — Mit Recht rügt dagegen der Verfasser an diesem Projekt einerseits die Willkürlichkeit, welche in den von den Betreibungsbeamten vorzunehmenden subsidiären Pfändungen sich geltend machen kann, andrerseits die Gefahr, daß der Schuldner die nicht von Anfang an gepfändeten Vermögensstücke beseitige, da er ein Auftreten aller seiner Gläubiger zu befürchten hat. — Das System de Seigneux dagegen will auf gewisse Titel (worunter auch Wechsel und gewöhnliche Schuldscheine) hin schon 24 Stunden nach der Zahlungsaufforderung eine Beschlagnahme aller im [illegible] Schuldners befindlichen beweglichen Sachen gestatten, ge[illegible] Widerspruch nur unter Deposition des geforderten [illegible] genügender Bürgschaftsstellung zulässig ist. Die [illegible] findet 14 Tage später

gelangt auf dem Wege einer sehr gründlichen, theoretisch-praktischen Untersuchung zu einer verneinenden Antwort, was ihm um so höher anzurechnen ist, als er damit der in Frankreich zur Zeit noch herrschenden, auf Grund vielhundertjähriger Satzung und Uebung erwachsenen, in Fleisch und Blut der Juristen wie des Volkes übergegangenen Anschauungsweise entgegentritt, die bekanntlich auch in unsern welschen Kantonen noch sehr stark vertreten ist. Der Verfasser zeigt eine genaue Bekanntschaft mit der deutschen wie mit der sonstigen ausländischen Gesetzgebung und Literatur, sowie mit den bezüglichen Institutionen der deutsch-schweizerischen Kantone und den eidgen. Entwürfen, und seine Studie, obschon wesentlich auf die Genfer'schen Einrichtungen basirt, verdient daher auch bei uns volle Beachtung; namentlich möchten wir sie unsern jurassischen Herren Kollegen empfehlen. — Das 1. Kap. legt den dermaligen Zustand des Genfer Betreibungswesens dar mit Auseinandersetzung der Unterschiede gegenüber andern Rechten. So wird zunächst der Begriff der saisie festgestellt, welchem eine Beschlagnahme der betreffenden Objekte und zwar regelmäßig des gesammten körperlichen Mobiliarvermögens zu Gerichtshanden und eine Betheiligung sämmtlicher binnen einer gewissen Frist angemeldeten Gläubiger eigenthümlich ist, während hingegen ein eigentliches Pfandrecht durch dies Verfahren nicht begründet wird. Die Kosten sind bedeutend, die „Hütung" eine nur nominelle; die Versteigerung findet gewöhnlich erst 6 bis 12 Monate nach der Beschlagnahme statt. Der Schuldner sucht sich durch Abschlagszahlungen neue Fristen zu verschaffen und kann noch bis zuletzt gegen die saisie Einspruch erheben. Betrifft die saisie Forderungen des Schuldners oder Sachen, die hinter einem Dritten liegen, so muß jedesmal ein gerichtliches Verfahren behufs Feststellung des Sachverhältnisses stattfinden (wie früher in Bern); endlich scheint es an Mitteln zu fehlen, um den Schuldner zur getreuen und vollständigen Angabe pfändbarer Sachen anzuhalten, sowie um Verschleppung von Vermögensgegenständen zu verhindern. Die Kosten sind übermäßig groß und ganz unabhängig von der Höhe des Schuldbetrages. — Im 2. Kap. werden die Vorschläge geprüft, welche das Vollziehungsverfahren auf Grundlage einer reformirten saisie aufbauen wollen: de Seigneux einer- und Minderheit der frühern bundesräthlichen Kommission andererseits. Letztere schlägt ungefähr Dasjenige vor, was jetzt bei uns im Jura gilt: Pfändungsverfahren mit Betheiligung aller Gläubiger am Erlös, jedoch mit der Modifikation, daß bei Insuffizienz der Pfänder der Betreibungsbeamte ex officio weitere Pfändungen veranstalten kann (p. 28). Der Verfasser kommt hierbei auf die

Frage zu sprechen, ob es zweckmäßig sei, die Einleitung der Schuldbetreibung für bloße prétention, ohne vorausgehendes Urtheil oder andern exekutorischen Titel, zu gestatten und hält dies System für unpraktisch, da es ja doch recht selten dazu kommen werde, daß der Gläubiger pfänden könne, ohne einen solchen Titel in Händen zu haben; er geht nämlich von der Annahme aus, der Schuldner werde stets Widerspruch gegen die Zahlungsaufforderung erheben, wenn auch nur, um Zeit zu gewinnen. Diese Voraussetzung beruht aber auf Irrthum und ist heute fast allseitig aufgegeben (S. 291 hievor). Wir erlauben uns, in dieser Beziehung auf die treffenden Worte Keller's in seinen Vorlesungen über Wechselrecht (ungedruckt) hinzuweisen, wo er sagte: „Der Grundfehler aller gemeinrechtlichen und preußischen Exekutionsvorschriften ist der, daß die Exekution auf dem Wege der streitigen Gerichtsbarkeit eingeleitet, verhandelt und zum Ziel geführt werden muß. Es liegt diesem System die Voraussetzung zu Grunde, daß, wer eine Forderung nicht bezahlt, dieses in der Regel deßwegen unterläßt, weil er eine rechtliche Einwendung dagegen zu haben glaubt. Diese Voraussetzung ist grundfalsch; vielmehr ist unter 100 Fällen in 99 der einzige Grund der, daß er nicht zahlen kann. Um dieses 100sten Falles willen unterwerfen wir auch die 99 Creditoren einer rechten Forderung allen Formen der Contention. Dem wird einzig abgeholfen durch dasjenige System, nach welchem die Exekution im Allgemeinen zum Gegenstand der freiwilligen Gerichtsbarkeit gemacht wird u. s. w. Keller hatte hier offenbar das Betreibungssystem der deutschen Schweiz im Auge, dessen praktische Vorzüge ihm wohl bekannt waren, und nicht der geringste dieser Vorzüge, für den Schuldner wie für den Gläubiger, liegt doch darin, daß die sozusagen ohne Kosten erlangte stillschweigende Anerkennung des Schuldners zur Einleitung der eigentlichen Vollziehung genügt. — Mit Recht rügt dagegen der Verfasser an diesem Projekt einerseits die Willkürlichkeit, welche in den von den Betreibungsbeamten vorzunehmenden subsidiären Pfändungen sich geltend machen kann, andrerseits die Gefahr, daß der Schuldner die nicht von Anfang an gepfändeten Vermögensstücke beseitige, da er ein Auftreten aller seiner Gläubiger zu befürchten hat. — Das System de Seigneux dagegen will auf gewisse Titel (worunter auch Wechsel und gewöhnliche Schuldscheine) hin schon 24 Stunden nach der Zahlungsaufforderung eine Beschlagnahme aller im Besitz des Schuldners befindlichen beweglichen Sachen gestatten, gegen welche ein Widerspruch nur unter Deposition des geforderten Betrages oder genügender Bürgschaftsstellung zulässig ist. Die Versteigerung findet 14 Tage später

statt, und der Erlös wird unter alle angemeldeten Gläubiger mit unläugbaren Forderungen vertheilt. Daneben ist eine „General-liquidation" — « procédure en déclaration d'actif et de passif » — gegen materiell zahlungsunfähige, flüchtige und sich ihrer Habe entäußernde Schuldner, — sowie auf eigenes Begehren des Schuldners, vorgesehen. Mit Recht wird dem erstern, ordentlichen Betreibungsverfahren eine zu große Strenge zum Vorwurf gemacht: der Schuldner wird in kurzen Fristen zu einer mit Publizität verbundenen Versteigerung seines ganzen Mobiliarvermögens gebracht; die Gläubiger, welche nicht exekutorische Titel haben, werden sich beeilen, auf dem Prozeßweg gegen ihn vorzugehen; andrerseits werden die Gläubiger mit terminirten Forderungen auf's Warten angewiesen und ihrer Deckungsmittel beraubt. — Auch die Frage der Anfechtbarkeit schuldner'scher Rechtshandlungen erscheint dem Verfasser in den beiden in Frage stehenden Projekten nicht glücklich gelöst; er glaubt, daß in dieser Beziehung Kaufleute und Nicht-Kaufleute ganz gleich zu halten seien, und zwar müsse hier über die gemeinrechtlich Paulianische Klage hinausgegangen werden; im Sinne der deutschen Konkursordnung (und, fügen wir bei, des Heusler'schen Entwurfs). — Auch französische Schriftsteller sind in neuester Zeit zu der Ansicht gelangt, daß eine Gleichstellung aller Schuldner, ob Kaufleute oder nicht, im Fall der Zahlungsunfähigkeit, rationell wäre (Garrand, de la Déconfiture; de Montluc, Revue de droit international, 1869), und einzelne Gerichte haben gesucht, durch eine General-Beschlagnahme der Güter des nicht-kaufmännischen Schuldners etwas der faillite ähnliches herbeizuführen, freilich bisher unter Widerspruch des Kassationshofes. — Im 3. Kap. durchgeht Hr. R. die bekannten Einwürfe, welche gegen die Anwendung des Konkurses auf Nicht-Kaufleute erhoben werden, wie sie namentlich auch in den Zuger Verhanglungen des Jur. Ver. zum beredten Ausdruck gekommen sind. Vor Allem wird die Ansicht, als ob eine Scheidung der verlangten Art durch die Bestimmungen des eidg. Obligationenrechts über Wechselexekution geboten wäre, ganz richtig bekämpft (vgl. S. 287 hievor), und sodann auf die grundsätzliche Tendenz des Bundesgesetzes, bestehend in Ausdehnung von Sätzen des Handelsrechts auf den ganzen bürgerlichen Verkehr, hingewiesen. Ist ja die ganze Entstehungsgeschichte des fragl. Gesetzes eine fortlaufende Bestätigung dieser Anschauungsweise, die übrigens in der bundesräthlichen Botschaft von 1879 mit vollster Deutlichkeit ausgesprochen ist. — Die Behauptungen des Hrn. Rambert (Verh. d. schw. Jur.-Ver.) und seine statistischen Angaben findet Verfasser nicht schlüssig und glaubt, daß der in Entrichtung der Zinse seiner Hypothekarschulden

säumige Bauer nicht weniger Gefahr laufe, von Haus und Hof vertrieben zu werden bei einem auf Pfändung gegründeten Betreibungsverfahren als dies bei Betreibung auf Konkurs der Fall wäre. — Hierauf wird das in den verschiedenen Kantonen und Nachbar-Ländern hinsichtlich des Zwangsnachlasses geltende Recht dargestellt und auch hier auf die Gleichheit des Bedürfnisses hingewiesen, ob es sich um Handelsleute oder andere überschuldete Personen handelt. — Ein interessantes Institut, auf welches hier der Verfasser zu sprechen kommt (S. 84 ff.) ist der vor resp. ohne Konkurserkenntniß eintretende Zwangsnachlaß des Genfer Gesetzes vom 7. Juli 1877 resp. 2. Okt. 1880 (Sursis concordataire, concordat amiable). Dasselbe ist auch den Rechten von Belgien und den Niederlanden, sowie der iberischen Halbinsel bekannt. Näher steht indeß das Genfer'sche Gesetz einem österreichischen vom 18. Mai 1859. Der Schuldner (Kaufmann) kann durch ein Begehren bei Gericht alle Vollziehungsmaßregeln einstellen; es wird ihm eine Frist gewährt, um ein Accommodement zu Stande zu bringen, wenn er seine ordnungsgemäß geführten Bücher und eine Bilanz auf der Gerichtsschreiberei deponirt und die Mehrheit der Gläubiger nach Zahl und Summen mit dem Begehren einverstanden ist. Die Masse geht in die Verwaltung eines Richter-Kommissärs über, welcher die Accommodementsverhandlungen leitet u. s. w. Die Frist beträgt höchstens 60 Tage. Die Mehrheit der Gläubiger kann den Nachlaß durchsetzen. Kommt ein solcher nicht zu Stande, so kann das Handelsgericht das Falliment verhängen oder das Verfahren aufheben; im letztern Fall tritt jeder Gläubiger in seine privaten Rechte zurück (Ztschr. f. schweiz. Recht, Bd. 21, S. 250). — Es ist m. a. W. unser „provisorischer Geltstag", jedoch umgeben mit schützenden Formen und Bedingungen, wodurch dessen mißbräuchliche Anwendung (um momentan die Betreibung zu hemmen) verhindert und ein praktischer Erfolg erleichtert wird (Mehrheitsbeschluß). Gleichwohl legt Hr. Rehfous dem Institut keinen großen Werth bei, weil die Ehrenfolgen der faillite, deren Abwendung ja den Hauptzweck des Gesetzes ausmacht, in Genf ohnedies auf ein Minimum beschränkt seien. Kann ja schon seit 1856 der concordataire und der entschuldbare Fallite sogar die Vertrauensämter des Wechselagenten und Handelsmäklers bekleiden; er ist schon seit den 40ger Jahren fähig zum Geschwornenamt und — natürlich — politisch stimmberechtigt. Unter solchen Umständen sagt Verfasser freilich mit Recht: A cet égard, le sursis concordataire ou le concordat à l'amiable, n'a pas d'utilité. Im Fernern weist er dann auch die praktischen Unzulänglichkeiten nach; — bis zur

Sammlung der Unterschriften der Gläubiger bleibt der Schuldner im Besitz seines Vermögens u. s. w.; er empfiehlt daher Beseitigung des Instituts und Anschluß an das deutsche Recht, wonach der „Zwangsvergleich“ bis zur Schlußvertheilung zulässig ist, aber erst nach dem „allgemeinen Prüfungstermin“, d. h. im Konkursverfahren selbst, Platz findet. Die Schrift scheint Hrn. Prof. Heusler bei Abfassung seines Referates für den schweiz. Juristenverein (Verhandlungen dess. pro 1882, S. 19) noch nicht bekannt gewesen zu sein. —

Gegen die Konkursfähigkeit der Nichtkaufleute wird auch angerufen die nationalökonomische Gefahr des Verschwindens des kleinen Grundbesitzes und das berühmte Wort von den Latifundien ins Feld geführt, welche die römische Republik zerstörten und an welchen allerdings das südliche Italien noch heute krankt. Der Verfasser denkt, durch das Gesetz der gleichen Erbtheilung unter den Kindern und das Verbot der Fideikommisse sei dagegen genügend vorgesorgt. In Rom war dies freilich nicht der Fall; aber wir möchten bemerken, daß nicht die Betreibungsart für bestehende Schulden, sondern die stets zunehmende Ueberschuldung des Grundbesitzes selbst es ist, welche die Verarmung des kleinen Bauernstandes zur Folge haben kann, und wenn dann noch wucherliche Ausbeutung hinzukommt, so entstehen freilich Zustände, wo, wie in Ungarn, Siebenbürgen und gewissen Theilen Oesterreichs, das Geldkapital die Ländereien allmälig an sich zieht. Für die Schweiz sind das chimärische Befürchtungen; denn die Anziehungskraft des Grundbesitzes ist für den Kapitalisten eine geringe.

Die Hauptgefahr des Konkurses bleibt demnach das Fälligwerden der befristeten Forderungen. Allein diese Folge ist auch mit der déconfiture des nichtkaufmännischen Schuldners verbunden.

Die Ehrenfolgen des Konkurses in den verschiedenen Kantonen werden vom Verfasser zum Theil irrig dargestellt; so legt bekanntlich das Züricher Recht nur dem verschuldeten Konkurse ehrenschmälernde Folgen bei, und die Verschuldung muß in jedem einzelnen Falle durch strafgerichtliches Urtheil hergestellt sein; das ist praktisch eine höchst seltene Ausnahme (Meili, in Ztsch. f. schweiz. Ggeb. V. 165), während R. angibt, der Schuldner verliere dort ipso jure seine politischen Rechte. (Ueberhaupt dürfte die Quelle, aus welcher er schöpft — Rechtskalender v. Schlatter, 1874 — theilweise veraltet sein.) In diesem Punkt möchte Verfasser das kantonale Recht vorbehalten, weil er vorsieht, daß hier die Verschiedenheit der bestehenden Gesetzgebungen und namentlich

die weitgehenden Erleichterungen einzelner Kantone ein Hemmniß der Einigung bilden würden: car en privant le failli de ses droits de citoyen, on froisserait les sentiments d'une partie du peuple suisse, surtout de la Suisse romande; en n'édictant pas ces privations, on ne mécontenterait pas moins les cantons allemands. — Aber dieser wohlgemeinten Absicht stellt sich sowohl Art. 66 B.-V. als die praktische Schwierigkeit entgegen, das Stimmrecht in kantonalen Angelegenheiten von strengern Bedingungen abhängig zu machen, als in eidgenössischen, und was in letzterer Beziehung — vorbehältlich des Referendums — projektirt wird, ist bekannt. Endlich durchgeht der Verfasser in diesem Abschnitte noch die Straffolgen des betrügerischen und leichtsinnigen Konkurses und findet mit Recht, daß auch Nichtkaufleute sich dieses Vergehens schuldig machen können und der verdienten Strafe nicht entgehen sollen. Warum sollte z. B. der Börsen- oder Bau-Spekulant, der seine Gläubiger ruinirt, nicht dem Strafgesetz verfallen? So war es in Frankreich bis zum Inkrafttreten des code de commerce.

Im 4. Kapitel untersucht nun der Verfasser, nachdem er die Ausdehnung der faillite über die Kaufmannschaft hinaus gerechtfertigt, speziell die Frage, ob und inwiefern die Betreibung selbst auf den Konkurs statt auf saisie gerichtet werden solle. Fünf Entwürfe stehen sich in der Schweiz gegenüber, alle Schattirungen von der reinen Pfändung (Bärlocher) bis zur beinahe reinen Konkursbetreibung (Heusler) sind vertreten. Ernstlich kann nach dem Verfasser nur der letztere und derjenige des Hrn. Oberer in Betracht kommen, den er aber nur in seiner ursprünglichen Fassung kennt. Die freiwillige Pfandgabe, welche der Verfasser bekämpft, weil sie dem Prinzip der Betreibung auf Konkurs und der Gleichberechtigung der Kreditoren widerspreche, ist von der Kommission gestrichen. Er bekämpft auch das Institut des Betreibungsbeamten, welcher die Schuldbetreibung zu seinen oder des Staates Gunsten „monopolisire." Wir fürchten ebenfalls an diesem Institut seine büreaukratische Seite, und die Friktionsvermehrung, welche jede Vermehrung der Räder in einer Maschine herbeiführt, dürfte nicht ausbleiben, denn mancher Gläubiger wird sich wie bisher der Agenten resp. der Bevollmächtigten bedienen wollen und der Weibel wird auch nicht entbehrlich gemacht. — Auffallend ist ferner die von der Kommission beibehaltene Bestimmung, daß der Schuldner dem pfändenden Beamten „alle seine Vermögensstücke angeben müsse, auch diejenigen, welche sich nicht in seinem Besitze befinden, sowie seine Forderungen und Rechte gegenüber Dritten." Diese Inquisition anläßlich einer Pfändung für weniger als 100 Fr.

ist vexatorisch und wird sicherlich auch niemals praktisch werden, sondern es bliebe die Vorschrift ein todter Buchstabe.

Die Resultate der Ausführungen des Verfassers, sowie einige andere Postulate sind am Schlusse in einer Reihe von kurzen Sätzen zusammengestellt; in den Grundprinzipien befindet sich Hr. R. in Uebereinstimmung mit den neuesten Vorlagen Hrn. Oberer's und der Kommission. Möge die Schrift dazu beitragen, die Juristen, namentlich der französischen Schweiz, für dieses weise vermittelnde System zu gewinnen. Red.

**Rechtskalender der schweiz. Eidgenossenschaft,** herausgegeben von F. Schlatter, der 1. Edition 2. Bearbeitung, Zürich, Schultheß, 1883, Lief. 1 und 2.

Die Hülfsmittel zur Orientirung im Mikrokosmus des schweiz. Rechts- und Staatswesens werden mit jedem Tage werthvoller und unentbehrlicher. Der Rechtskalender von Schlatter ist bei seinem ersten Erscheinen, 1874, mit Befriedigung aufgenommen worden, als erste Arbeit dieser Art, und dürfte wohl in keiner Bibliothek eines schweizerischen Juristen fehlen. Seither sind manche Arbeiten vergleichender schweizerischer Rechtswissenschaft erschienen; keine hat sich eine so umfassende Aufgabe gestellt wie die vorliegende. Eine neue Bearbeitung war aber wegen der vielen seit 1874, namentlich auf eidgenössischem Gebiete, geschaffenen Neuerungen unentbehrlich. Die erste Lieferung der neuen Ausgabe enthält denn auch eine Darstellung des geltenden Bundesrechts aus der Feder von G. Vogt, welche sehr vollständig zu sein scheint, deren Anordnung indeß nicht recht einleuchtet, indem staatsrechtliche, zivilrechtliche, strafrechtliche etc. Materien promiscue abgewandelt sind. Es folgt eine systematisch geordnete Inhaltsübersicht des eidgenössischen Obligationenrechts von Dr. Curti in Zürich, werthvoll für den Juristen, vorzüglich durch knappe, wissenschaftliche Darstellung. Dieser Abschnitt (S. 53 bis 90) darf als eine ausgezeichnete Leistung bezeichnet werden.

Was das kantonale Recht betrifft, so sind die frühern Bearbeiter zum Theil durch neue ersetzt; die Systematik erscheint auch hier keine durchaus glückliche und die Bearbeiter fassen ihre Aufgabe nicht gleichmäßig auf. Die vorliegenden Lieferungen bringen Zürich, Bern und den Anfang von Luzern.

Was die Angaben über den Kanton Bern betrifft, so heben wir ungerne einige Ungenauigkeiten hervor, welche zum Theil aus der ersten Ausgabe stehen geblieben sind, zum Theil aber auch dem neuen Bearbeiter zur Last fallen.

So sollte man nach S. 144 glauben, jede Gemeinde habe einen Friedensrichter, nach S. 147, daß zum Stimmrecht in der Gemeinde unbedingt einjährige Ansässigkeit erforderlich sei; bei den Geschäften der Burgergemeinden ist nur von „allfälligen" Beschlüssen über das Vormundschaftswesen die Rede (S. 147); die Annahme von Burgern (Ggef. 73 (gar nicht erwähnt, und bei den Kirchgemeinden das Kirchengseetz von 1874 gar nicht berücksichtigt. Daß das bernische Betreibungsverfahren „auf Konkurs gerichtet" sei (S. 157), ist nicht zu begründen, sonst wäre die Pfändung eine leere Form; ebenso daß im neuen Kantonstheil das gleiche Betreibungsverfahren gelte wie im alten Kantonstheil, da für ersteren die Intervention der Gläubiger im Gantverfahren nach französischem System Platz greift (§ 507 V.-V.).*) S. 163 sind die schon durch Gesetz vom 25. April 1854 aufgehobenen Bestimmungen des § 602 V.-V. betreffend Rehabilitation von Konkursiten reproduzirt, und dieses Gesetz unter den „Quellen" nicht erwähnt. — Auf S. 166 ist von den im Wurfe liegenden Kodifikationen des Civilrechts die Rede und von theilweisen Abänderungen nur „Flickereien besonders im Hypothekenwesen" erwähnt. Die wichtige Aufhebung der Geschlechtsbeistandschaft und das Verhältniß der Wittwen u. s. w. zum eidgenössischen Recht der Handlungsfähigkeit, was für Angehörige anderer Kantone so wichtig werden kann, ist nicht berührt, ebenso wenig die unmittelbar bevorstehenden Aenderungen im Prozeß- und Vollziehungsverfahren.

Unter den Kommentaren (137) wäre nachzutragen: Bd. II., Abth. 2 von König's Werk, enthaltend Dienstbarkeiten und Pfandrecht, welche schon 1881 erschien.

Trotz solcher Verbesserungsfähigkeit im Einzelnen wird der Rechtskalender als Ganzes immerhin Jedem, der sich um die Justizeinrichtungen und die allgemeinen Grundlagen der Gesetzgebung der andern Kantone bekümmert, einen angenehmen Ueberblick gewähren.
Red.

**Neubauer**, das eheliche Güterrecht des Auslandes, nebst Mittheilungen über das in den Vereinigten Staaten von Nordamerika geltende Erbrecht. Berlin 1882. R. v. Decker's Verlag. 108 S. 4°.

Es kommt in neuerer Zeit mehr und mehr zum Bewußtsein der Juristen, daß eine Kenntniß des positiven Rechts des eigenen

*) Auffallend ist das Stehenbleiben des offenbaren Druckfehlers in allen Ausgaben des bern. Vollziehungsverfahrens in § 507, Abs. 2, wo auf die §§ 408—410 statt **508—510** verwiesen wird.



Landes zur wissenschaftlichen Bildung nicht hinreicht, und insbesondere muß jeder, der in Gesetzgebungsfragen ein Wort mitzureden hat, und dazu gehören bei uns sehr Viele, seinen Blick möglichst erweitern und sich von den Rechtszuständen anderer Staaten und Völker ein Bild zu machen suchen. Aber auch der Praktiker kommt bei der stets wachsenden Beweglichkeit der Bevölkerungen und der Anknüpfung von Geschäftsbeziehungen in fremden Rechtsgebieten mehr und mehr in den Fall, die auswärtigen Institutionen kennen zu müssen. Es ist dabei von Interesse zu sehen, wie in weitestem Gebiete die angeblichen nationalen Eigenthümlichkeiten einen so großen Einfluß nicht haben, als gewöhnlich angenommen wird, und wie die allmälig fortschreitende Ausgleichung der Kultur auch eine Annäherung der gesetzgeberischen Richtungen und Einrichtungen nach sich zieht. Gewöhnlich denkt man dabei nur an die mehr kosmopolitischen Disziplinen, wie Handels- und Wechselrecht, und macht vergleichende Zusammenstellungen dieser Materien; allein auch auf andere Gebiete erstreckt sich diese Thätigkeit. Die vorliegende Schrift, welche einer im Jahr 1879 erschienenen Zusammenstellung der in Deutschland geltenden ehelichen Güterrechte folgt, ist „zum Theil zu amtlichen Zwecken" gefertigt, und der Verfasser, welcher die Würde eines Oberlandesgerichtsraths bekleidet, äußert in der Vorrede treffend, Arbeiten, wie die vorliegende, „helfen vielleicht die Ueberzeugung befestigen, daß es nicht so schwer wäre, wie man gewöhnlich glaubt, das internationale Privatrecht durch Verträge zu regeln, und daß für gar manche Rechtsverhältnisse eine im Wesentlichen übereinstimmende Gesetzgebung aller Kulturstaaten keineswegs ausgeschlossen erscheint."

Dargestellt wird vorerst S. 1—7 das Recht der schweizer. Kantone, wobei als literarische Quelle nur Lardy angeführt ist, Schreiber's Werk scheint dem Verfasser nicht bekannt geworden zu sein, welcher doch die Luzerner Novelle vom 26. Nov. 1880 eingehend behandelt. Uebrigens hat der Verfasser, wo immer möglich, die Rechtsquellen selbst zu Rathe gezogen, und mit staunenswerthem Geschick und Verständniß das Einschlagende behandelt. Dann werden zunächst die übrigen europäischen Staaten durchgegangen (mit Ausnahme Frankreich's, dessen Recht schon in der vorhin erwähnten Schrift als in Theilen Deutschlands geltend dargestellt wurde, und der Türkei), S. 8—25; endlich die Staaten von Süd- und Nordamerika. Bei letztern sind außer den güterrechtlichen auch die wichtigsten erbrechtlichen Grundsätze angereiht, was „für diejenigen Personen und Beamten von unmittelbarem praktischem Nutzen sein dürfte, welche in die Lage kommen, in

Europa Testamente zu errichten, die in Nordamerika, insbesondere etwa für Grundstücke, Wirkung haben sollten, und erfahrungsgemäß fast stets ohne Erfolg bleiben, weil die erforderlichen Zeugen nicht, oder nicht in hinreichender Anzahl, zugezogen sind." Die amerikanischen Gerichte scheinen danach den Grundsatz locus regit actum nicht anzuerkennen. — Bemerkenswerth ist in fast allen ausländischen Gesetzen der Neuzeit die Tendenz, der Ehefrau eine günstige Stellung zu wahren; so stellt Italien (Cod. civ. von 1865) das Dotalrecht als herrschendes System auf, neben welchem nur Errungenschaftsgemeinschaft stipulirt werden kann (S. 9); letzteres System ist das vorherrschende in Spanien (S. 10) und in den südamerikanischen Republiken (S. 25 ff.). Die allgemeine Gütergemeinschaft haben nur die Niederlande, Portugal, Brasilien. In den Staaten der nordamerikanischen Union bleibt die Ehefrau durchweg freie Eigenthümerin ihres gesammten Vermögens und Erwerbes, ohne Unterschied zwischen Mobilien und Immobilien; keine Veräußerung ohne ihre Zustimmung ist gültig. Manche Gesetze geben ihr sogar volle Handlungsfähigkeit und Dispositionsbefugniß über ihre Güter, „als wäre sie unverheirathet (feme sole)." Von Interesse und äußerst praktisch, namentlich für die Verhältnisse der arbeitenden Klassen, erscheint das englische Gesetz von 1870 über das Vermögen der Ehefrauen (33 & 34 Vict. cap. 93), durch welches als Eigenthum der Frau erklärt wird: Arbeitserwerb aller Art; Einlagen in Sparkassen u. s. w.; bewegliches Vermögen, das ihr titulo lucrativo zufällt, bis auf den Betrag von 200 L. St.; „Lebensversicherungen des Mannes zu Gunsten der Frau und der Kinder gehören diesen, soweit nicht in fraudem creditorum gehandelt ist, unterliegen nicht der Kontrole des Mannes und haften nicht für seine Schulden." Im Uebrigen geht nach englischem Recht das Vermögen der Ehefrau auf den Mann über. — Ueber die ethischen und ökonomischen Gründe und Wirkungen der verschiedenen Güterrechtssysteme sind stets beachtenswerth die schönen Worte Munzinger's in dem von Dr. E. Huber publizirten Vortrag (s. diese Zeitschr. Bd. X).

Vorliegende Arbeit empfiehlt sich jedem Juristen; der Preis (Fr. 3. 60) ist zudem sehr billig. Red.

# Mittheilungen.

**Schweizer Juristenverein.** Der gedruckte Bericht über die Verhandlungen der Hauptversammlung vom 18. u. 19. Sept. 1882 in Altdorf wird voraussichtlich sehr bald in den Händen der

Mitglieder sein. Einen gedrängten Auszug zu geben ist fast unmöglich, weil die Ansichten in beiden zur Diskussion gestellten Hauptfragen außerordentlich weit auseinander gingen. — Was insbesondere die Konkursvorrechte betrifft, so dürfte es unsere bernischen Leser interessiren zu vernehmen, daß die von Seiten Dr. Meili's (Zürich) gemachte Anregung, ob denn nicht das Vorrecht gewisser Schuldschriften (Generalobligationen des zürch. Rechts), die sich im Geschäftsleben eingebürgert und ein wichtiges Kreditmittel geworden, auch vom eidgen. Gesetz geschont werden sollte, von der Mehrheit der Versammlung sehr ablehnend und beinahe mit Hohnlächeln aufgenommen wurde. Die Generalobligation des zürch. P.-G.-B., §§ 889 ff., ist nun nicht viel anderes als unsere „Obligation" und die solothurnische „Handschrift", eine Schuldschrift mit Konkursvorrecht, welche „Generalitätsrang" verleiht. Ueber die Gründe der Beibehaltung dieses Instituts vor 30 Jahren in Zürich ist Bluntschli's Kommentar zu § 880 nachzulesen. Mehr noch als die theoretische Frage über Vor- und Nachtheile des Instituts überhaupt (denn Thatsache ist, daß die meisten Schweizerkantone und alle Nachbarstaaten ohne dasselbe auskommen), dürfte die andere in Betracht fallen, wie die Uebergangsperiode zu gestalten sei. Wenn, nach dem Wunsch der Juristen und dem Vorgang sämmtlicher bisherigen Entwürfe, mit dem Inkrafttreten des demnächstigen eidg. Betreibungs- und Konkursgesetzes alle an Schuldurkunden von bestimmter Form u. dgl. bisher in einzelnen Kantonen geknüpften Vorrechte mit Einem Schlage dahinfallen, so ist die leicht vorauszusehende Folge die, daß eine Masse solcher „Obligationen" im Kanton Bern aufgekündet werden, sofern der Schuldner nicht anderweitige Sicherheit bestellen kann. Denn das Zauberwort „Hab- und Guts-Verbindung" sammt der Berufung auf das „bernische Obligationsrecht" verliert dann seine Wirkung; die bisherige Sicherheit ist auf einmal in der Hand des Gläubigers zerronnen. — Wird uns der Bund über diese Kalamität hinweghelfen? — Wir möchten die Frage der Kommission für das Konkursgesetz empfohlen haben, welche laut Gaz. des Trib. seit 20. September in Bern getagt haben soll. Laut Semaine Judiciaire vom 25. dieß hat nun auch Prof. Heusler dieselbe verlassen. Red.

## Druckfehler

in der Abhandlung „Bedeutung der Denunciation bei der Cession nach heutigem praktischem Recht", II. Theil (Schluß), 18. Bd., II. Heft.

1) S. 153 Zeile 31 und S. 160 Zeile 3, statt l. 1 § 30 D. soll es heißen l. 1 **§ 32** D.

2) S. 200 Zeile 29, statt Jahrbücher für Dogmatik, Bd. V, soll es heißen **Bd. I**.

# Zeitschrift
des
# Bernischen Juristen-Vereins

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone
Bern, Luzern, Aargau und Solothurn.

Band XVIII. 4. Heft. 1882.

## Aus der Rechtssprechung des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern. Jahrgang 1882. — Fortsetzung.

7. **Bachrechte. — Wer das Recht besitzt, ein Privatgewässer in künstlichem Bette durch ein fremdes Grundstück zu leiten, ist zum Unterhalt und zur Reinigung des Bachrunses, nicht aber der natürlichen Zuflüsse desselben verpflichtet, und haftet nicht für die Folgen außerordentlicher Ereignisse, wie heftiger Regengüsse, starker Schneefälle, Erdrutsche u. dgl. (Satz. 455 C.).**

Tschannen c. v. Werdt und Krebs.
3. Febr. 1882.

8. **Zeugenbeweis. Ein Zeuge, welchem von dem Beweisführer der Streit verkündet worden, tritt zu diesem in eine unmittelbare Interessengemeinschaft und erlangt ein unmittelbares Interesse an dem Ausgange des Streites, ist daher verwerflich. — (§ 220, Z. 1 P.).**

Erbschaft Röthlisberger c. Schenk.
3. Febr. 1882.

Bemerkung. Der Fall, daß eine Partei die Person, welcher sie selbst auf Grund beglaubter Rückgriffsrechte den Streit

verkündet hatte, als Zeugen anruft, ist zwar schon vorgekommen, jedoch wurde bisher gewöhnlich in erster Linie die Existenz eines Rückgriffs untersucht, vgl. Ztschr. XII 426, XVI 434: Hier wurde ausdrücklich gesagt, es könne die Verwerflichkeit nur unter der doppelten Voraussetzung angenommen werden, „daß ein Rückgriffsrecht gegen den Zeugen zu Gunsten der Beweisführerin materiell bestünde und durch Erlassung einer Streitverkündung oder in anderer Form prozessualisch gesichert wäre" (13. Dez. 1879); XVII 62. Im vorliegenden Fall dagegen wurde nicht untersucht, ob auch nur in thesi ein Rückgriff des Beweisführers gegen den betreffenden Zeugen denkbar sei. Die betreffenden Motive lauten:

„4. daß die Beweisführerin durch Erlassung einer Streitverkündung an den Zeugen R. diesem gegenüber die Absicht an den Tag gelegt hat, auf den Fall eines ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreites von ihm Schadloshaltung zu fordern;

„5. daß der Zeuge dadurch prozessualisch in eine unmittelbare Interessengemeinschaft zu der Prozeßpartei selbst gebracht wird, und ein ebensolches Interesse an dem Ausgange des Rechtsstreits erlangt, ohne daß in der gegenwärtigen Instanz schon zu prüfen wäre, ob und mit welchem Erfolge der angedrohte eventuelle Regreßanspruch thatsächlich sich verwirklichen werde."

Es werden hiedurch die Schranken der Verwerflichkeit, welche man in den letzten Jahren möglichst eng zu ziehen suchte, wieder erweitert. (Red.)

**9. Prozeßfähigkeit der Geltstagsmasse. — Prozesse des Geltstagers, welche streitige Forderungen desselben zum Gegenstand haben, können von der Masse nicht fortgesetzt werden. Dem Beklagten steht eine Einrede auf Losssprechung von der Instanz zu. — Die infolge Provokation richterlich bestimmte Klagfrist wird durch den Geltstag des Provokaten sistirt.**

Gränicher (Bekl.) c. Masse Meyer (Kl.).

9. Febr. 1882.

**Ztschr. XVII 35, 87, 484.**

Erwägungsgründe:

Aus der Art und Weise, wie die sogenannte Instanzeinrede des Beklagten begründet wird, namentlich aus dem Anbringen des

Art. 32, geht hervor, daß die Legitimation des Massaverwalters im Geltstage des Notars Meyer zur Einklagung der streitigen Forderung bestritten werden will.

Nun ist schon zu verschiedenen Malen entschieden worden, daß die Masse als solche nicht berechtigt sei, streitige Forderungsrechte, welche schon dem Geltstager zustanden, auf dem Prozeßwege geltend zu machen, indem der § 565 B.-B. sich nur auf körperliche Sachen bezieht, sondern daß es nach erfolgter Anweisung Sache der einzelnen angewiesenen Gläubiger sei, für die Bereinigung und Einkassirung der Aktivmasse zu sorgen (vgl. §§ 571 und 590 B.-B. und Urtheil vom 3. Februar 1881 in Sachen Elise Otz und Mith. contra Geltstagsmasse Lüpold, nebst den andern dort angeführten Judikaten vom 29. Aug. 1851 und vom 23. Jan. 1880).

Die Bestreitung der Legitimation des klägerischen Massenverwalters erscheint somit als begründet und es ist dem Beklagten seine Instanzeinrede in diesem Sinne zuzusprechen. Hiebei versteht sich, daß in Folge der Erkennung des Geltstages gegen Meyer und der dadurch bedingten rechtlichen Unmöglichkeit der gerichtlichen Geltendmachung des dem Meyer gegenüber dem Beklagten zustehenden Anspruches, bis nach Feststellung des Klassifikations- und Vertheilungsentwurfes die zweimonatliche Provokationsfrist, innert welcher, laut Urtheil des Richteramtes Wangen vom 20. Mai 1881, dieser Anspruch von Meyer eingeklagt werden sollte und die in § 328 P. als Folge der Säumniß angedrohte Erlöschung des Anspruchs zum Nachtheil der Geltstagsgläubiger des Meyer nicht Platz greifen kann.

**10. Ein „Mehrwerth" im Sinne des Gesetzes vom 26. Mai 1848 ist nur vorhanden, wenn ein den Werth der privilegirten Hälfte des Zugebrachten übersteigender Erlös aus den vom Ehemann an die Ehefrau abgetretenen Vermögensgegenständen erzielt worden ist.**

M. Lehmann u. Mith. c. M. Lehmann.

9. Febr. 1882.

(„Staatszeitung" 1882, Nr. 25).

**11. Peremtorische und dilatorische Einrede werden nicht begründet durch die Unterlassung einer Streitverkündung oder der Anbietung einer geltstaglichen Anweisung an den Beklagten oder durch die Unmöglichkeit, dem Beklagten (Bürgen) die Sicherheiten der Forderung abzutreten.**

**Bürgschaftsvertrag. — Beweis des Inhalts eines solchen aus übriggebliebenen Bestandtheilen einer zerrissenen Urkunde. — Der Gläubiger ist nicht verpflichtet, durch positives Handeln die Lage des Bürgen zu verbessern*) (z. B. durch Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners) oder dem Bürgen von der Einleitung der Paulianischen Klage gegen den Schuldner Kenntniß zu geben (Satz. 920 C.). — Anbietung einer Anweisung im Geltstag des Schuldners an den Bürgen braucht nur stattzufinden, soweit erstere „fruchtbar" (§ 595 B.-B.).**

Stauffer (Bekl.)
Stalder (Bekl.) } c. Käsereigesellschaft Dürrenbühl.

10. Febr. 1882.

*) Vgl. Ztschr. Heft 1, S. 56 dieses Jahrgangs; XV 533.

**12. Vormundschaft. Verantwortlichkeit des Vogtes für die Folgen der Aufhebung eines Mobiliarversicherungsvertrages.**

Biedermann c. Biedermann.

16. Febr. 1882.

(König, Komm. I, S. 299).

Jakob Biedermann, Besitzer eines Heimwesens im Amtsbezirk Nidau, hatte im Jahr 1862 seine Beweglichkeiten bei der schweiz. Mobiliarversicherungsgesellschaft für die Summe von Fr. 5150 gegen Brandschaden versichert. Im Jahr 1872 wurde er bevogtet und erhielt zum Vormund den Rudolf Biedermann. Es wurde

nun ein Theil der Liegenschaften verkauft und der Rest nebst Wohnhaus und Beweglichkeiten im Frühjahr 1873 den Söhnen des Vögtlings in Pacht gegeben. Am 14. Aug. 1873 bezahlte der Vogt angeblich Fr. 10. 15 als Nachschuß pro 1872/73 und ersten Beitrag für die Zeit vom 1. Juli 1873 bis 30. Juni 1874; gleichzeitig notirte der Agent der Versicherungsgesellschaft auf den Vertrag: „1873 August — aufgehoben, bevogtet, Land und Mobiliar veräußert“ und meldete der Zentralverwaltung in Bern die Aufhebung des Versicherungsvertrages, und es wurde die Streichung des Vögtlings als Versicherten vorgenommen. Am 28. Mai 1874 brannte das Gebäude nieder, in welchem die versichert gewesenen Beweglichkeiten sich befanden, und letztere gingen großentheils mit zu Grunde. Es wurden indeß gegen die Versicherungsanstalt keinerlei Schritte gethan, sondern in der nächsten Vogtrechnung bemerkt, „die Entschädigung sei unsicher“, worauf der Regierungsstatthalter in seiner Passation verfügte: „Da der Vogt ohne Weisung der Vormundschaftsbehörde aus der Mobiliarversicherung ausgetreten ist, wird er für alle Folgen verantwortlich gemacht.“ — Seither trat ein neuer Vogt, Jakob Biedermann, an die Stelle des frühern und belangte nun diesen mit Klage vom 23. Febr. 1881 auf Schadensersatz. Der Beklagte vertheidigte sich uneinläßlich, fristlich und einläßlich, wurde aber vom App.- und Kass.-Hof der Klage gemäß verurtheilt, gestützt auf folgende

### Erwägungsgründe:

#### a. Betreffend die peremtorische Einrede:

Diese Einrede wird darauf gestützt, daß die vorliegende Klage eine verkappte Regreßklage sei und einen erfolglosen Angriff gegen die schweizerische Mobiliarversicherungsgesellschaft zur Voraussetzung habe. Nun werde verneint, daß dem heutigen Beklagten Rudolf Biedermann der Streit verkündet worden sei, und in Folge dessen sei das Regreßrecht des Klägers ihm gegenüber erloschen. Gesetzt aber auch, eine Streitverkündigung wäre nothwendig gewesen, so würde nach § 34 P. in fine die Unterlassung derselben lediglich als Verzicht auf den Rückgriff auszulegen sein und könnte somit keinen Uneinläßlichkeitsschluß begründen, weil der Einwand des Verzichtes einläßlich anzubringen und zu prüfen ist.

#### b. Betreffend die fristliche Einrede:

Der Beklagte behauptet, die Klage des Jakob Biedermann mit Handen er handelt, sei so lange verfrüht, als nicht die Mo-

biliarversicherungsgesellschaft erfolglos belangt worden sei, während der Kläger bestreitet, daß es sich um einen bloßen Regreßanspruch gegen Rudolf Biedermann handle. Da indeß der Beklagte die gleiche Begründung auch in der Hauptsache geltend macht, so ist die fristliche Einrede in Verbindung mit derselben zu erörtern.

c. Betreffend die Hauptsache:

Das Schicksal der vorliegenden Klage hängt davon ab, einerseits ob der Nachweis als erbracht zu betrachten sei, daß der Beklagte im August 1873 die Mobiliarversicherung seines damaligen Vögtlings, des heutigen Klägers, aufgehoben habe und andererseits, ob in diesem Vorgehen des Beklagten eine schuldhafte Handlung gefunden werden könne, welche ihn für den daraus entstandenen Schaden als verantwortlich erscheinen ließe.

Was den erstern Punkt betrifft, so sagt der Zeuge Funk*) zu Art. 8 aus, Rudolf Biedermann habe ihm als Agenten der Versicherungsgesellschaft 1873 erklärt, sein Pupille besitze kein Mobiliar mehr und man sei daraufhin beiderseitig mit der Aufhebung der Versicherung einverstanden gewesen, worauf dieselbe sofort gestrichen worden sei. Aus den Depositionen des Regierungsstatthalters Biedermann, des Niklaus Weber, des Johann und des Bendicht Biedermann in Jens ergibt sich, daß der Beklagte nach dem Brande vom 28. Mai 1874 sich wiederholt dahin äußerte, er habe aus der Versicherungsgesellschaft austreten müssen, weil alle Beweglichkeiten seines Vögtlings dessen Söhnen abgetreten worden seien. Besonders wichtig ist in dieser Beziehung das Zugeständniß des Beklagten zu Art. 14, wonach derselbe den Söhnen des Vögtlings erklärt hat, *sie* hätten die Beweglichkeiten versichern lassen sollen; wenn *er* die Versicherung nicht aufgehoben hätte, „so hätte er and're Hosen bekommen“. Für die Annahme, daß die Versicherung vom Beklagten aufgehoben worden sei, spricht auch der Umstand, daß derselbe in seiner Vogtsrechnung vom Jahr 1874 die Frage, ob eine Entschädigung für die durch den Brand vom 28. Mai 1874 zerstörten Mobilien des Vögtlings Seitens der Mobiliarversicherungsgesellschaft zu erwarten sei, als zweifelhaft hinstellt. Der von ihm unternommene Gegenbeweis ist in allen Theilen mißlungen. Zu Art. 14a wurde Seitens des Friedrich Biedermann eidlich in Abrede gestellt, daß zwischen dem Beklagten und den Söhnen seines Vögtlings abgemacht worden sei, daß die Versicherung vom Frühjahr 1873

---

*) Agent der Versicherungsanstalt.



an Sache der Letztern sein solle. Der Zeuge Funk weiß nichts vom Abschluß einer neuen Versicherung mit den Söhnen des Jakob Biedermann und erklärt, was am 14. August 1873 bezahlt worden sei, sei auf die alte Versicherung bezahlt worden. Nach diesem Resultate der Beweisführung kann an der Thatsache nicht gezweifelt werden, daß Rudolf Biedermann als Vogt des Jakob Biedermann den von diesem am 20. April und 8. Mai 1862 mit Nachtrag vom 1. Juli 1870 mit der schweizerischen Mobiliarversicherungsgesellschaft abgeschlossenen Versicherungsvertrag im August 1873 aufgehoben hat. Nun steht auch fest, daß durch den Brand vom 28. Mai 1874 die Beweglichkeiten des Klägers, welche früher bei der genannten Gesellschaft versichert gewesen waren, zum Theil zerstört worden sind, und es wird daher die weitere Frage zu untersuchen sein, ob der Beklagte für den entstandenen Schaden verantwortlich ist und denselben dem Kläger zu ersetzen hat.

Der Beklagte erhebt zuerst einige formelle Einwendungen gegenüber der gegnerischen Klage. Zunächst wird geltend gemacht, daß ihm der Streit nicht verkündet worden sei. Da nun aber ein Angriff gegen die Mobiliargesellschaft nicht erfolgt ist, so konnte auch keine Streitverkündung an den Beklagten erlassen werden und ein Verzicht auf den Regreß würde daher auch dann nicht vorliegen, wenn es sich wirklich um einen Regreßanspruch handeln würde. Im Weitern beruft sich der Beklagte darauf, er könnte erst dann belangt werden, wenn die Gesellschaft aus dem mit ihr abgeschlossenen Versicherungsvertrage erfolglos beklagt worden wäre. Auch dieser Einwand ist unstichhaltig. Abgesehen nämlich davon, daß eine Klage gegen die Gesellschaft gar keine Aussicht auf Erfolg hätte, weil die Aufhebung des Vertrages mit dem Tage eintrat, wo der Austritt erklärt worden war und derselbe mithin am 28. Mai 1874 längst erloschen war, handelt es sich hier gar nicht um einen Regreßanspruch. Rudolf Biedermann wird nicht belangt auf Grund dessen, daß er den Kläger schadlos zu halten verpflichtet sei, weil der Letztere aus dem Versicherungsvertrage vom 20. April und 8. Mai 1862 keine Entschädigungsansprüche gegen die Gesellschaft mehr geltend machen könne, sondern der gegenüber dem Beklagten erhobene Anspruch ist selbstständiger Natur und das Fundament der Klage beruht darauf, daß Rudolf Biedermann als gewesener Vogt des Klägers schuldig sei, demselben den Schaden zu ersetzen, der ihm in Folge der Aufhebung des Versicherungsvertrages entstanden ist. Es muß daher geprüft werden, ob in der Handlungsweise des Beklagten eine Nachlässigkeit im Sinne der **Satz. 210 und 256 C.** zu er-

blicken ist, welche ihn laut Gesetz zum Schadenersatze verpflichten würde. Allerdings dürfte es als fraglich erscheinen, ob der Vogt verpflichtet sei, die Mobilien seines Pflegebefohlenen zu versichern, indem darüber keine spezielle Vorschrift besteht, wie solche bezüglich der Gebäude schon im Gesetze vom 21. März 1834 (§ 6 litt. c. das.) enthalten war. Immerhin ist die Versicherung des Mobiliars jetzt allgemein üblich, und ein ordentlicher Hausvater, als welchen sich der Vormund in der Verwaltung des Mündelgutes geriren soll, würde dieselbe kaum unterlassen. Jedenfalls darf aber eine solche Sicherheit, wie sie in der Mobiliarversicherung liegt, vom Vormund nicht fahren gelassen werden, ohne daß er sich dadurch dem Pupillen gegenüber verantwortlich machen würde. Ein derartiges Preisgeben bestehender Sicherheiten ist schlechterdings unvereinbar mit demjenigen Grade von Diligenz, welcher vom Vogte verlangt wird, Satz. 265 C. Ueberdies geht aus analogen Fällen zur Genüge hervor, daß der Gesetzgeber sein vorzügliches Augenmerk gerade darauf richtete, daß das Mündelvermögen gehörig gesichert sein solle. So haftet der Vogt für die Gelder, welche er ohne Sicherheit, deren Hinlänglichkeit von der Vormundschaftsbehörde zu beurtheilen ist, ausleiht (Satz. 268 C.).

Ebenso soll dem Vogte derjenige Theil der Fahrhabe, welcher nicht zum eigenen Gebrauche des Vögtlings bestimmt ist, nach Satz. 263 C. nicht überlassen, sondern auf Weisung der Vormundschaftsbehörde entweder öffentlich versteigert, oder an einem sichern Ort aufbewahrt werden.

Unter allen Umständen war der Beklagte verpflichtet, weil es sich um ein Vorgehen handelte, welches für das Vermögen des Jakob Biedermann wichtige Folgen haben konnte, bei der Vormundschaftsbehörde bezügliche Weisungen einzuholen (Satz. 257 C.), um einer allfälligen Verantwortlichkeit für eintretenden Schaden zu entgehen. Die gegenwärtige Schadensersatzklage ist daher prinzipiell begründet.

### 13. Dahinfallen des Ehetags durch Geburt eines Kindes. Versuchter Beweis, daß dasselbe die Mutter nicht überlebt habe. Rechtsvermuthung für das Leben eines lebensfähig gebornen Kindes.

Winzenried u. Mith. c. Moser.

17. Febr. 1882.

Christian Moser hatte sich mit Anna, geb. Walther, verwittweten Winzenried, verehelicht, welche aus erster Ehe fünf Kinder

besaß und ihrem zweiten Ehemann Fr. 14,303 aus der Theilung mit jenen Kindern zubrachte. Die Eheleute Moser-Walther hatten einen Ehetag abgeschlossen, in welchem unter Aufhebung des gegenseitigen Notherbrechts dem Ehemann für den Fall, daß er die Ehefrau überleben würde, die Nutznießung ihres Vermögens auf so lange zugesichert war, als er sich nicht wieder verheirathen würde. Zirka anderthalb Jahre nach der Verheirathung, den 21. September 1871, starb Frau Moser im Wochenbett und zwar während der Niederkunft; auch das Kind verstarb während oder gleich nach der Geburt. Der Moment des Todes wurde indeß nicht sofort festgestellt. Moser blieb im Besitze des Vermögens seiner verstorbenen Frau und ging am 3. September 1875 eine neue Ehe ein. Nun traten im Jahr 1880 vier von den Kindern erster Ehe der verstorbenen Frau M. mit einer Klage gegen Moser auf, in welcher sie auf Grund des Ehetages Herausgabe von $^{4}/_{5}$ des Frauenguts infolge Dahinfallens des Nutznießungsrechts, sammt den seit 3. Sept. 1875 bezogenen Nutzungen verlangten. Der Beklagte berief sich auf sein gesetzliches Notherbrecht als Ehemann und das Dahinfallen des Ehetages infolge Existenz eines Kindes im Zeitpunkt der Trennung der Ehe durch den Tod seiner Ehefrau, wofür er den Beweis dadurch antrat, daß er behauptete, das Kind sei lebensfähig zur Welt gekommen; es müsse daher auch dessen lebende Geburt angenommen werden, während konstatirtermaßen dessen Mutter während des Geburtsaktes, also früher als das Kind, verstorben sei. Das Ergebniß der Beweisführung ist zu entnehmen aus den die Abweisung der Klage begleitenden

Erwägungsgründen:

Es frägt sich in der vorliegenden Streitsache vor Allem aus, ob die Bestimmungen des zwischen dem heutigen Beklagten und der A. W. geb. W. unterm 19. Mai 1870 abgeschlossenen Ehetages über das gegenseitige Notherbrecht gemäß **Satz. 904, Ziff. 1 C.** dahingefallen seien. Der Beklagte behauptet nämlich, aus seiner Ehe mit der A., geb. W., sei ein Kind entstanden, welches die Mutter überlebt habe. In thatsächlicher Hinsicht wird geltend gemacht, daß Frau M. in der Nacht vom 20./21. Sept. 1871 als Kindbetterin gestorben und daß das Kind reif und lebensfähig zur Welt gekommen sei. In Folge dessen treffe in casu die in **Satz. 11 C.** ausgesprochene Rechtsvermuthung zu, daß das Kind lebendig zur Welt gekommen sei und es müsse mithin als rechtlich erwahrte Thatsache angenommen werden, daß beim Ableben der verstorbenen Ehegattin ein von beiden Ehegatten abstammeuder

ehelicher Nachkomme vorhanden gewesen sei. Von der Klägerschaft ist zugestanden worden, und es ergibt sich dies übrigens auch aus den Depositionen des Dr. Ch., daß die Mutter während des Geburtsaktes starb, also bevor das Kind zur Welt kam. Die Frage, welcher Theil den andern überlebt habe, ist demnach nicht weiter zu untersuchen, wenn gemäß der Bestimmung der Satz. 11 C. die lebendige Geburt des Kindes angenommen werden muß, indem alsdann ohne weiteres daraus folgt, daß das Kind die Mutter überlebt habe. Der Beweis, daß das Kind lebensfähig zur Welt gekommen, wurde Seitens des Beklagten durch Zeugen angetreten. Der behandelnde Arzt, Dr. Ch. und die Hebamme, Frau St., sagen nun übereinstimmend aus, das Kind sei reif und lebensfähig gewesen. Die Klägerschaft wendet ein, der Beweis der Lebensfähigkeit könne nicht durch Zeugen erbracht werden, indem es sich hier um eine technische Frage handle, welche nur durch Experten gelöst werden könne. Es ist indeß in Betracht zu ziehen, daß das Gesetz nirgends ein besonderes Beweisverfahren vorschreibt, um die Lebensfähigkeit eines Kindes herzustellen. Zudem sind es im vorliegenden Falle sachverständige Zeugen, nämlich Arzt und Hebamme, welche vom Beklagten als Beweismittel angerufen sind, und es ist deßhalb kein Grund vorhanden, an der objektiven Richtigkeit ihrer Aussagen in dieser Beziehung zu zweifeln. Beide Zeugen sprechen sich übrigens dahin aus, das Kind sei lebensfähig gewesen. Nun gibt doch die Reife eines Kindes in gewissem Maße dem Schluße Raum, dasselbe sei auch lebensfähig gewesen und der Zustand der Reife war durch die angerufenen Zeugen auch ohne weitere Untersuchung leicht zu konstatiren. Die Kläger haben sich auch nicht bemüssigt gesehen, von den Zeugen durch Stellung von Erläuterungsfragen nähern Aufschluß darüber zu verlangen, wie sie zu ihrer Ansicht rücksichtlich der Lebensfähigkeit des Kindes gekommen seien. Der Beweis, daß dasselbe lebensfähig zur Welt gekommen, muß demnach als geleistet betrachtet werden. Die Kläger haben nun im Weitern unternommen, auf dem Wege des Gegenbeweises die Rechtsvermuthung der Satz. 11 C. zu entkräften und den Nachweis zu erbringen, daß das Kind todt zur Welt gekommen sei. Derselbe ist aber mißlungen, indem die Depositionen der angerufenen Zeugen in dieser Richtung jeder Bestimmtheit entbehren. Dr. Ch. glaubt zwar, das Kind sei auch während der Geburt gestorben, kann aber doch nicht bezeugen, daß das Kind nach der Trennung von der Mutter nicht mehr gelebt habe, und daß unmittelbar nach der Geburt keine Lebenszeichen an demselben konstatirt werden konnten, und in letzterm Sinne spricht sich auch Frau St. aus. Es fragt sich daher blos

noch, ob der letzte Einwand der klägerischen Partei begründet sei, daß die Satz. 11 C. nur dann Platz greife, wenn es sich um die Interessen des Kindes, nicht aber, wenn es sich um solche dritter Personen handle. Dies ist jedoch nicht der Fall. Im Gesetz ist eine solche Unterscheidung nicht gemacht worden, und es ist auch nicht abzusehen, wie im Falle der Satz. 11 C. Interessen des Kindes in Betracht fallen könnten, weil die Frage, ob ein Kind lebendig zur Welt gekommen sei, selbstverständlich nur dann streitig gemacht werden kann, wenn dasselbe gestorben ist. Die Voraussetzungen der Satz. 904, Ziff. 1 C. sind somit vorhanden, weil der Nachweis erbracht ist, daß das Kind, während dessen Geburt die Frau A. M., geb. W., starb, lebensfähig war und daher die Rechtsvermuthung der Satz. 11 C. dafür spricht, dieses Kind sei lebendig zur Welt gekommen und habe also die Mutter überlebt. — Die Kläger sind demgemäß mit ihrem Rechtsbegehren abzuweisen.

**14. Sparkassenschein als Gegenstand einer Eigenthumsklage. Die Erben des benannten Gläubigers werden abgewiesen.**

Erben Hofer c. Brand.

17. Febr. 1882.

Unterm 16. August 1879 hatte Jak. Hofer zu Gunsten seines Knechtes Joh. Brand eine schriftliche Urkunde ausgestellt bezw. unterzeichnet, durch welche er ihm „von seiner Einlage, Ersparnißkasse Langnau, Gutschein Nr. 11692, Einlagebuch Nr. 18, Seite 212 als freies Eigenthum abtrat Fr. 500, sage fünfhundert Franken.“ Gleichzeitig übergab er ihm den Gutschein mit dem Auftrag, die fragl. Summe bei der Kasse zu erheben, bezw. sich, dem Cessionar, ein neues Einlageheft in diesem Betrage ausstellen zu lassen. Dieser neue Gutschein wurde nun, irriger Weise nach der Behauptung Brands, wieder auf den Namen des Jak. Hofer ausgestellt. Nach dem Tode des Letztern klagten dessen Erben gegen Brand auf Herausgabe des neuen Gutscheins, den er im Besitze hatte (den ältern hatte er an Hofer zurückgestellt) theils auf Grund des Eigenthums, theils eventuell, weil die Abtretung im Zustande der Unzurechnungsfähigkeit ausgestellt worden sei. In letzterer Beziehung mißlang den Klägern der Beweis; in Bezug

auf den erstern Punkt äußert sich das die Klage abweisende Urtheil wie folgt:

„daß der neue Gutschein, statt auf den Namen des Johann Brand, irrigerweise auf denjenigen des Jakob Hofer ausgestellt worden ist, erscheint als gleichgültig, sobald hergestellt ist, daß ihm derselbe gegen Rückgabe des alten von Hofer zum Zwecke der Realisirung der Abtretung überlassen wurde, und zwar dieß um so mehr, als die Kasse den rechtmäßigen Inhaber des Gutscheines als Gläubiger anerkennt, und die Verantwortlichkeit für allfällige nachtheilige Folgen, welche aus einer Unterlassung der Anmerkung des Gläubigerwechsels entstehen könnten, den Betheiligten zu tragen überläßt*). — Ist somit der Nachweis erbracht, daß der Gutschein Nr. . . . auf die Ersparnißkasse Langnau in Folge der Abtretung vom 16. August 1870 dem Beklagten eigenthümlich zusteht, so ist im Weitern zu untersuchen, ob nicht eventuell jene Abtretung als ungültig angefochten werden könne u. s. w.“

---

*) Die dem Gutschein beigedruckten Bestimmungen der Sparkasse lauteten:

„Art. 1. Gegenwärtiger Gutschein dient dem rechtmäßigen Inhaber für sein Guthaben, soweit solcher mit dem Einlagebuch und mit dem Kassabuch übereinstimmt, als Forderungstitel.

„Art. 4. Personen, die einen Gutschein auf irgend eine Weise rechtmäßig erwerben, sollen sich solches in demselben bescheinigen und die Bescheinigung innert drei Monaten im Einlagebuch anmerken lassen. Allfällige Nachtheile, die durch Unterlassung dieser Anmerkung entstehen, haben die Betreffenden selbst zu tragen.

„Art. 6. Rückzahlungen von Guthaben werden ausschließlich auf Vorlage der Gutscheine geleistet.“

Letztere Bestimmung macht die Gutscheine zu eigentlichen Werthpapieren und befreit die Anstalt von der Verpflichtung, an denjenigen Gläubiger Zahlung zu leisten, welcher den Schein aus irgend einem Grund nicht vorweisen kann. Andererseits sind diese Gutscheine keine Inhaber- oder Ordrepapiere, und da weder das kantonale bernische, noch das künftige eidgenössische Recht ein Amortisationsverfahren für die Rektapapiere vorsieht, so kann für den Gläubiger eines solchen Gutscheins im Fall des Verlustes u. s. w. eine höchst fatale Situation entstehen (vgl. Ztschr. Bd. XVII, S. 480 und die werthvollen Ausführungen Heinr. Brunner's in Endemann's Handbuch des deutschen Handelsrechts (nicht zu verwechseln mit dessen bekanntem Lehrbuch), Bd. II, vom Jahr 1881).

**15. Kreditbürgschaft. — Regreßrecht des zahlenden Bürgen gegen die Mitbürgen. Derselbe ist nicht verpflichtet, von dritter Seite erhaltene Zahlungen auf der Kreditsumme in Abzug zu bringen.**

Schüpbach c. Schwab.

23. Febr. 1882.

Vgl. Ztschr. f. vat. R. N. F. I (1861), S. 158.

Unter'm 12./15. Oktober 1875 hatte die Berner Handelsbank dem Käser Joh. Eymann in Lüterkofen einen Kredit von Fr. 10,000 eröffnet, wobei sich für die Verpflichtungen des Kreditnehmers 4 Personen, unter ihnen Fried. Schüpbach und Joh. Schwab, verbürgten. Die Forderung der Kreditgeberin aus dem gewährten Kredit betrug auf 31. Dez. 1877 Fr. 10,836, wozu bis 1. Juli 1878 noch Fr. 11,835. 07 als Gegenwerth von früher gutgeschriebenen, aber nicht eingegangenen Tratten und Eigenwechseln kamen. Im Januar 1878 wurde der Kredit gekündet; am 12. März stellte der obgenannte Friedrich Schüpbach nebst Christian Schüpbach der Berner Handelsbank eine Bürgschaftsverpflichtung für deren Ansprüche aus den „vorbenannten Kreditüberschreitungen" aus, nachdem ihm zwei Brüder des Schuldners Eymann ihrerseits Schadloshaltung resp. Rückbürgschaft versprochen hatten. Schüpbach zahlte nun der Berner Handelsbank verschiedene Summen für Rechnung des Joh. Eymann, und erhielt von dessen Brüdern theilweise Deckung, welche indeß den Betrag der Kreditüberschreitung nicht völlig erreichte. Er belangte daher nunmehr, nachdem eine Cession der gläubigerischen Rechte stattgefunden, den Mitbürgen Schwab für einen Viertheil der ursprünglichen Kreditsumme, also für Fr. 2,500. Der Beklagte behauptete aber, die Summen, welche der Kläger von dritter Seite bezogen, müßten vor Allem an der Kreditsumme von Fr. 10,000 in Abzug gebracht werden, da er in keiner Weise durch die Kreditüberschreitungen benachtheiligt werden dürfe. Der Appellations- und Kassations-Hof, welchem die Streitsache unmittelbar vorgelegt wurde, lehnte die Einreden des Beklagten ab und sprach die Klage im vollen Umfange zu, mit Fr. 700 (!) Kosten.

Erwägungsgründe:

Johann Schwab bestreitet an und für sich nicht, daß er sich mit dem Kläger Friedrich Schüpbach und den Gebrüdern Christian

und Ulrich Eymann laut Credit- und Bürgschaftsbrief vom 12. und 15. Oktober 1875 gegenüber der Berner Handelsbank zu Gunsten des Johann Eymann für eine Summe von Fr. 10,000 als Bürge verpflichtet hat, sowie daß diese Kreditsumme bedeutend überschritten wurde und der Kläger infolge dessen Fr. 18,102 an die Bank bezahlte.

Dagegen macht er geltend, so weit es den im Kredit- und Bürgschaftsbrief vom 12. und 15. Oktober vorgesehenen Kredit von Fr. 10,000 betreffe, so sei Fr. Schüpbach — wenigstens hinsichtlich des dem Beklagten auffallenden Antheiles an der Bürgschaftsschuld — schon gedeckt und er — Schwab — sei daher liberirt, indem ihn der Umstand nichts angehe, daß sich der Kläger nachträglich unterm 12. März 1878 auch für die Kreditüberschreitungen des Johann Eymann verbürgt habe.

Es wird daher zu untersuchen sein, ob der Kläger verpflichtet war, dasjenige, was er auf Rechnung der von ihm eingegangenen Bürgschaftsverpflichtungen erhalten hat, ausschließlich auf den ursprünglichen Kreditbetrag der Fr. 10,000 zu imputiren, oder ob er die Berechtigung hatte, jene Zahlungen von der ganzen Summe, welche er als Bürge des Eymann bezahlt hat, in Abzug zu bringen.

Es kommen hier in Betracht eine Zahlung des Schuldners d. d. 26. Sept. 1878 im Betrage von Fr. 1083. 60, sowie der Kaufvertrag vom 2. August 1878 zwischen den Gebrüdern Christian und Ulrich Eymann als Verkäufern einerseits und dem Friedrich Schüpbach als Käufer andrerseits, wonach dem Letztern vom Kaufpreis ein Betrag von Fr. 4000 auf Rechnung der für den Schuldner Joh. Eymann an die Berner Handelsbank geleisteten Ratenzahlungen zu Gute geschrieben wurde.

Vor allem muß nun davon ausgegangen werden, daß die Kreditschuld ein einheitliches Ganzes bildet und daß eine scharfe Grenzlinie zwischen den einzelnen Krediterteilungen nicht in der Weise gezogen werden kann, daß gesagt würde, von einem bestimmten Momente an sei der Kredit überschritten worden, und es liege daher ein ganz neues Schuldverhältniß vor, welches mit der frühern nichts gemein habe (Urtheil vom 18. Nov. 1859 in Sachen Banque Cant. de Berne c. Eug. Vuilleumier-Vuille et cons., Zeitschrift B. I, S. 158—160). *)

Es ist demnach anzunehmen, daß ein Kreditbürge, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich vereinbart worden ist, bis zur Limite

*) Das Citat bezieht sich auf Bd. 1 der neuen Folge der Zeitschr. für vaterl. Recht, Jahrg. 1861.

seiner Bürgschaftsverpflichtung auch für die Kreditüberschreitungen des Schuldners haftet*) und mithin auch berechtigt ist, erhaltene Deckungsmittel von dem Totalbetrag der für den Kreditschuldner geleisteten Zahlungen in Abzug zu bringen. Was nun zunächst die Zahlung des Schuldners Joh. Eymann von Fr. 1083. 60, d. d. 26. Sept. 1878 betrifft, so war der Kläger um so mehr befugt, dieselbe auf die in Folge der Kreditüberschreitung und gemäß der neuen Bürgschaftsverpflichtung vom 12. März 1878 für Joh. Eymann bezahlten Beträge anzurechnen, als der letztere laut Schuldverpflichtung vom 13. März 1878 ausdrücklich erklärt hatte, den Kläger auch für die am 12. März 1878 eingegangenen Verbindlichkeiten schadlos halten zu wollen. Rücksichtlich der Fr. 4,000 sodann, welche der Kläger aus dem Kaufvertrage vom 2. August 1878 von den Gebrüdern Christian und Ulrich Eymann auf Rechnung der für Joh. Eymann eingegangenen Bürgschaftsschuld erhalten, behauptet der Beklagte, die Gebrüder Eymann hätten die fraglichen Fr. 4,000 vom Kaufpreise abgerechnet, um denjenigen Verpflichtungen nachzukommen, welche sie laut Rückbürgschaftsverpflichtung vom 6. April 1878 gegenüber dem Beklagten Johann Schwab übernommen hätten. Die Gebrüder Eymann hätten somit durch die Verrechnung der Fr. 4,000 den auf Joh. Schwab entfallenden Antheil an der Bürgschaftssumme von Fr. 10,000 zu decken beabsichtigt, und der Beklagte habe in Folge dessen schon mehr bezahlt, als wozu er gemäß dem Kredit- und Bürgschaftsbrief vom 12. und 15. Oktober 1875 verpflichtet war. Nun ist allerdings richtig, daß die Rückbürgschaftsverpflichtung der Gebrüder Eymann zu Gunsten des Schwab ausdrücklich Bezug nimmt auf die vom Letztern unterm 12./15. Oktober eingegangene Bürgschaft von Fr. 10,000, der Kläger hat aber bei diesem Akt nicht mitgewirkt und derselbe ist für ihn als res inter alios acta unverbindlich. In dem Kaufvertrage vom 2. August 1878 wird derselben keine Erwähnung gethan, und es fehlt daher an jedem Anhaltspunkte dafür, daß es die Absicht der Contrahenten war, durch Verrechnung der eine Quote des Kaufpreises ausmachenden Fr. 4,000 die Bürgschaftsschuld aus dem mehrerwähnten Kredit- und Bürgschaftsbriefe insoweit zu tilgen, als es den Antheil des Beklagten Schwab betraf. Der Kläger war mithin nicht vertrags-

*) Dies folgt doch wohl nicht aus dem Vorhergehenden und stände im Widerspruch mit der Intention der Parteien beim Vertragsabschluß, welche unzweifelhaft dahin geht, daß die Limite der Kreditsumme auch die Limite der Bürgschaftsverpflichtung bilde. Vgl. Seuffert Arch. Bd. 23, Nr. 29; Bd. 22, Nr. 66.

mäßig verpflichtet, die quittirten Fr. 4,000 auf die mit Schwab eingegangene Bürgschaftsschuld von Fr. 10,000 zu imputiren und war vielmehr berechtigt, dieselben von derjenigen Schuld abzuziehen, deren Tilgung für ihn von größerm Interesse war, also von der lästigern Schuld (Windscheid Pand. § 343, c. c. Art. 1256). Lästiger war aber für den Kläger offenbar die Bürgschaftsverpflichtung vom 12. März 1878, welcher außer ihm nur sein Bruder Christian Schüpbach beigetreten, während die frühere Bürgschaft von vier Bürgen eingegangen worden war. Dazu kommt noch der Umstand, daß nicht angenommen werden kann, der Kläger habe die zweite Bürgschaft mit seinem Bruder, ohne Sicherstellung wie solche im Kaufvertrage vom 2. August 1878 liegt, eingehen und sich bei der mißlichen Finanzlage des Schuldners Johann Eymann in offenbaren Verlust stürzen wollen. Endlich spricht sich auch das Expertengutachten für die Richtigkeit der vom Kläger aufgestellten Berechnungsweise aus.

Dem Beklagten Joh. Schwab ist es somit nicht gelungen, sich vom klägerischen Anspruche schutzbehauptungsweise zu liberiren und die Klagsbegehren des Fr. Schüpbach erscheinen daher als begründet.

## 16. Cession oder Anweisung? — Forderung aus Darlehnsversprechen.

Helbling (Bekl.) c. Mischler (Kl.).

24. Febr. 1882.

Der Zimmermann D. hatte sich von dem Rentier H. ein Darlehn von Fr. 1700 versprechen lassen, und die Pfandobligation für dasselbe war sogar schon ausgefertigt. Nun stellte D. noch vor Empfang des Darlehns dem Amtsgerichtsweibel M. eine „Abtretung“ über einen Betrag von Fr. 1000 von der bewilligten Darlehnssumme zu, „mit Erkennen den Gegenwerth in baar empfangen zu haben“. Von dieser Abtretung gab M. dem H. Kenntniß, und dieser schrieb ihm kurz darauf, das Geld sei jetzt disponibel, D. wolle dasselbe aber selbst behändigen und ihn, M., befriedigen. Hierauf schwieg M. still, und es erfolgte die Auszahlung des Darlehns an D., von welchem indeß M. nur zum kleinern Theil Befriedigung erhielt. Er klagte daher, gestützt auf die Abtretung, eine Summe von Fr. 667. 25 gegen H. ein. Dieser machte geltend: 1. der Kläger habe in die Auszahlung des Darlehns an D. stillschweigend eingewilligt; 2. derselbe sei

von D. auch wirklich anderweitig vollständig für seine bezügliche Forderung gedeckt. — Das Amtsgericht erkannte auf Ergänzungseid des Klägers (worüber, ist im oberinstanzlichen Urtheil nicht gesagt); auf Appellation des Beklagten wurde aber vom App.- und Kass.-Hof die Klage abgewiesen.

Erwägungsgründe:

Die Klage des Fr. M. wird damit begründet, daß ihm Jakob D. in Lüscherz unterm 15. Juni 1876 zur Deckung eines Baardarlehns von Fr. 1000 von dem ihm von Bendicht H. in Walperswyl auf eine Pfandobligation bewilligten Darlehen von Fr. 1700 einen Betrag von Fr. 1000 abgetreten habe. Nun handelt es sich in Wirklichkeit gar nicht um eine Abtretung im rechtlichen Sinne; denn ein Versprechen auf Ausrichtung eines Darlehens ist ganz individueller Natur und kann nicht als übertragbares Forderungsrecht betrachtet werden.*) Vielmehr liegt von Seite des D. eine Anweisung des Klägers Mischler an den Beklagten Helbling vor, um sich von diesem für seine Forderung bezahlen zu lassen (Satz. 983 C.). Streng genommen würde es daher der vorliegenden Klage an der Fundamentirung fehlen, indem aus einer Cession geklagt wird, also aus einem Rechtsgeschäft, welches in casu nicht besteht.

Wollte man aber auch von diesem formellen Mangel absehen und die materielle Begründetheit der Klage untersuchen, so fehlt der Nachweis, daß die Anweisung von dem Assignaten Helbling angenommen worden und dadurch zur Vollständigkeit gelangt sei, indem blos ein Zeuge, Ulr. Steudler, ausgesagt hat, H. habe dem M. versprochen, die Fr. 1000 zu bezahlen (Satz. 984 C.). Vielmehr theilte H. dem Kläger am 1. Juli 1876 mit, D. wolle das Geld für die Pfandobligation selbst beziehen und den Kläger daraus bezahlen. M. fand sich nicht bemüßigt, den Brief des H. zu beantworten und gegen die direkte Ausbezahlung des Darlehens an D. Einspruch zu erheben, sondern ging selbstständig gegen den letztern und dessen Bürgen vor, gestützt auf einen von D. am 15. Juni 1876 zu seinen Gunsten ausgestellten Wechsel. War demnach die fragliche Anweisung vom 15. Juni 1876 eine unvollständige, so konnte sie — wie sich argumento e contrario aus Satz. 990 C. ergibt — von dem Assignanten

*) Diese Behauptung ist nicht näher begründet und erscheint kaum haltbar. Das Darlehnsversprechen ist ein gewöhnlicher zweiseitiger Vertrag und die Forderung des Borgers auf Ausrichtung des Darlehens bildet einen gewöhnlichen, veräußerlichen Anspruch. (Red.)

D. dadurch annullirt werden, daß er sich vom Assignaten H. direkt ausbezahlen ließ. Die Zahlung des Letztern an D. war demnach eine gültige und M. muß daher mit seinem Klagsbegehren abgewiesen werden.

**17. Aktivlegitimation der Bürgen zur Einleitung des Einspruchsverfahrens gegen Anweisungen im Geltstag des Hauptschuldners. — Förmlichkeiten der „Obligation" betr. Datum und Einheit des Aktes.**

Reist und Krebs c. Kummer und Morgenthaler.

25. Febr. 1882.

In dem Geltstage des Ulrich Morgenthaler waren Anweisungen in Kl. V erfolgt:

a) zu Gunsten des Jak. Kummer gestützt auf eine Schuldurkunde folgenden Inhalts: „Obligation. Ich, der unterzeichnete Ulrich Morgenthaler, Ulrich's Sohn, von Walterswyl, wohnhaft zu Kirchdorf, anerkenne hiemit auf rechtsverbindliche Weise schuldig geworden zu sein dem Hrn. Jakob Kummer, Gemeindspräsident in Aarwangen, die Summe von Fr. 1500, schreibe eintausend fünfhundert Franken: hiemit verspreche ich, dieses Kapital alljährlich zu vier und ein halbes Prozent zu verzinsen, das erste Mal auf fünften Juni 1872 und auf eine vorherige dreimonatliche Kündigung abzubezahlen, alles unter Habe- und Gutsverbindung. — Also eigenhändig geschrieben und unterschrieben in Kirchdorf den 2. Juni 1871, sig. Ulrich Morgenthaler." — „Der Verpflichtungsgrund obiger Summe besteht in einem baar gemachten Darlehen. Sig. Ulrich Morgenthaler;"

b) zu Gunsten des Friedrich Morgenthaler, gestützt auf folgende Urkunde: „Obligation. Ich, der Unterzeichnete, anerkenne hiemit auf rechtsverbindliche Weise für baar geliehenes Geld schuldig geworden zu sein, meinem Bruder Friedrich Morgenthaler, dato wohnhaft in Roggwyl, die Summe von Fr. 4000, schreibe viertausend Franken. Ich, der Schuldner, verpflichte mich, diese Summe mit fünf vom Hundert zu verzinsen, das erste Mal auf den 1. März 1874." — (Folgen Bestimmungen über Rückzahlung). — „Also eigenhändig geschrieben und unterschrieben in Kirch-

dorf den 1. März 1873, sig. Ulrich Morgenthaler." — „Für obige Schuldsumme der Fr. 4000 verschreibt der Schuldner seine allgemeine Habe und Güter nach Obligationsrecht. Kirchdorf, 1. März 1873. Sig. Ulrich Morgenthaler."

Die Spar- und Leihkasse Münsingen war, gestützt auf eine gänzlich formrichtige Obligation d. d. 12. Mai 1878 in Kl. V den obgenannten Gläubigern nachgehend auf Beweglichkeiten und zweifelhafte Aktiven angewiesen worden und hatte ihre Anweisung dem Ulr. Reist und Christ. Krebs als Bürgen ihrer Obligationsforderung angeboten, mit der Erklärung, daß es ihnen überlassen bleibe gegen den Klassifikations- und Vertheilungsentwurf allfällig Einspruch zu machen. Dieselben erhoben auch wirklich rechtzeitig Einspruch und luden — in eigenem Namen — die vorgenannten Gläubiger Kummer und Morgenthaler vor das Richteramt. Am Tage der Vorladung erlangten sie von der Spar- und Leihkasse M. eine Abtretung ihrer Forderung. Zur Begründung ihres Einspruchs stützten sie sich auf die Formwidrigkeit der gegner'schen Forderungstitel, indem die Nachholung wesentlicher Förmlichkeiten unter dem eigentlichen Kontext der Schuldschrift nicht zuläßig sei. Die Beklagten machten geltend, die Kläger seien wegen damals mangelnder Abtretung der gläubiger'schen Rechte zum Einspruch nicht legitimirt gewesen, und dieser daher nicht zu berücksichtigen; ferner fehle ihnen das rechtliche Interesse zum Prozeß, da mehrere Forderungen ihnen vorgehend in Kl. V nach den Beklagten angewiesen seien. Endlich und in der Hauptsache wurde die Formrichtigkeit der angefochtenen Schuldscheine als „Obligationen" behauptet. Das Richteramt Aarwangen wies die Kläger mit ihren Rechtsbegehren ab. Der Appellations- und Kassations-Hof reformirte aber dieses Urtheil, unter Annahme folgender

## Erwägungsgründe:

Die Einspruchsbeklagten machen vor allem geltend, die Einspruchskläger hätten kein Interesse an der Bestreitung der den erstern im Geltstage des Ulrich Morgenthaler ertheilten fruchtbaren Anweisungen in Klasse V, weil in derselben noch andere Gläubiger angewiesen worden seien, welche im Rang den Einspruchsbeklagten nachstehen, dagegen der Spar- und Leihkasse Münsingen, deren Forderung die Einspruchskläger als Bürgen eingelöst haben, vorgehen. Dieser Einwand ist jedoch ganz unstichhaltig. Es ist Sache jedes angewiesenen Gläubigers, ob er sich bei seiner Anweisung beruhigen, oder ob er die Anweisung eines andern Gläubigers

angreifen will, und er ist auch nicht verpflichtet, seinen Einspruch gegen die Anweisung der ihm unmittelbar vorgehenden Gläubiger zu richten. Es fragt sich einfach, ob sein Einspruch begründet sei oder nicht. Wird er begründet erfunden, so erfolgt eine Anweisung auf das infolge dessen frei werdende Vermögen, während die Collokationen, welche nicht angegriffen worden sind, in Rechtskraft erwachsen.

Schwerer wiegt der weitere Einwand, wonach den Einspruchsklägern die Aktivlegitimation aus dem Grund bestritten wird, weil sie zur Zeit, wo sie Einspruch erhoben — am 18. Juli 1881 — die Forderung der Spar- und Leihkasse Münsingen noch nicht eingelöst hatten, sondern diese Einlösung erst am 22. Juli 1881, nach Ablauf der Einspruchsfrist, erfolgte. Nun wurde aber durch das Urtheil vom 21. November 1879 in Sachen Eggimann c. Regez *) die Aktivlegitimation von Bürgen zum Einspruchsprozesse anerkannt, obschon die Einlösung der Forderung erst nach der Vorladung, aber vor dem ersten Termine stattgefunden hatte. Angesichts dieses Urtheils muß auch wohl im vorliegenden Falle die Aktivlegitimation der Einspruchskläger als hergestellt betrachtet werden, zumal sich hier die Sachlage insofern noch günstiger gestaltet, als schon vor der Zustellung der Vorladung an die Beklagten die Forderung der gläubigerischen Kasse eingelöst worden war. Zu Gunsten dieser Ansicht spricht denn auch die Erwägung, daß der einlösende Bürge, welcher gegen einen Klassifikations- und Vertheilungsentwurf Einspruch machen will, wegen der ihm kurz zugemessenen Zeit in einer mißlichen Lage sich befindet. Ueberdieß fällt im vorliegenden Falle noch besonders in Betracht, daß seitens der gläubigerschen Kasse den Bürgen die Anweisung angeboten und ihnen ausdrücklich überlassen worden war, selber Einspruch zu erheben. Es kann daher auch dieser Einwand der Einspruchs beklagten nicht als begründet betrachtet werden.

Es wird demnach zu prüfen sein, ob den Urkunden, gestützt auf welche die Beklagten im Geltstage des Ulrich Morgenthaler fruchtbare Anweisungen in der fünften Klasse erhalten haben, die Requisite einer Obligation im Sinne der Satz. 960 C. abgehen. Die Einspruchskläger berufen sich darauf, es fehlen den beiden eigenhändigen Obligationen vom 2. Juni 1871 und vom 1. März 1873 wesentliche Erfordernisse, nämlich die Einheit des Aktes und ein sicheres Datum.

*) Zschr. XVII. S. 90.

Was nun zunächst die sog. Obligation vom 1. März 1873 betrifft, so enthält dieselbe einen Nachtrag vom gleichen Datum, worin der Schuldner Ulrich Morgenthaler seine allgemeine Habe und Güter nach Obligationenrecht verschreibt. Es ist aber von Seite der Beklagten zugegeben worden, daß dieser Nachtrag erst einige Tage später und nicht am 1. März 1873 beigefügt worden ist. Es liegt daher weder ein einheitlicher Akt vor, noch ist das angegebene Datum des Nachtrages richtig, so daß in Wirklichkeit die fragliche Urkunde gar kein Datum hat. Der sog. Obligation vom 2. Juni 1871 sodann ist die Angabe des Verpflichtungsgrundes nachgetragen, aber ohne Angabe des Datums. Sie leidet daher an den gleichen Mängeln wie die sog. Obligation vom 1. März 1873, indem sie des sichern Datums entbehrt und nicht einheitlich abgefaßt ist. Es kann mithin keine Rede davon sein, daß die erwähnten beiden Urkunden als Obligationen im gesetzlichen Sinne betrachtet werden dürften, und das Einspruchsbegehren der Kläger Ulrich Reist und Christian Krebs erscheint somit als begründet. (Vgl. auch Urtheil in Sachen Obrist & Cie. gegen Bruder vom 24. April 1873. Zeitschrift, Bd. 9, S. 180.)

Bemerkung. Das hier zitirte Urtheil hatte den Fall im Auge, wo eine Obligation nur den Monat, nicht aber den Tag der Ausstellung enthielt. Der Mangel des Datums trifft in casu zu für die Schuldschrift vom Jahr 1871. — Zweifelhafter erscheint die Frage der Gültigkeit der Obligation vom Jahr 1873, von welcher behauptet wird, sie habe in Wirklichkeit gar kein Datum, weil das angegebene Datum nicht das richtige sei. Man nimmt z. B. bei Wechseln, wo ja die Angabe des genauen Datums ebenfalls ein Erforderniß der Gültigkeit bildet, in Theorie und Praxis allgemein an, daß irgend ein — mögliches — Datum genüge — daß dagegen Richtigkeit des Datums kein Erforderniß sei. Die Datirung, sagt das Reichsoberhandelsgericht, ist nicht Konstatirung einer Thatsache, sondern Willenserklärung (Wächter, Encykl. d. W. R., 1881, S. 419). Bei Obligationen des bern. Rechts würde das Datum nur dann in Bezug auf Richtigkeit zu prüfen sein, wenn dadurch der Altersrang der Forderung zum Nachtheil anderer Gläubiger modifizirt würde. Was hier von sicherem Datum gesagt wird, ist dem bernischen Rechte fremd. — Und die Einheit des Aktes ist kaum nothwendig zur Gültigkeit in formeller Beziehung.

Red.

**18. Ein unter Parteien privatim anerkannter Rechnungssaldo bildet keine vollstreckbare Forderung im Sinne des § 390 P. (vgl. Satz. 1020 C. ?).**

Aebi u. Mith. c. Gräub u. Mith.

2. März 1882.

**19. a) Dahinfallen der Wechselexekution findet nicht statt nach § 425 B.-B. — b) Haftung des Wechselbürgen wird nicht aufgehoben nach Mitgabe des § 595 B.-B.**

Strübin c. Marcuard u. Komp.

2. März 1882.

ad a) Vgl. Ztschr. XVII, S. 71, 253.
ad b) Vgl. Ztschr. XI, S. 252.

Durch zwei Eigenwechsel vom 25. April und 28. Mai 1877 hatten sich die Firma Schild und Knechtenhofer als Hauptschuldnerin und Adolf Strübin als Bürge zur Zahlung von je Fr. 5000 an Marcuard & Cie. verpflichtet. Bei Verfall wurde gegen die genannten Unterzeichner die Vollziehung eingeleitet und gegen Sch. und K. bis und mit der Pfändung (25. Sept. 1877) durchgeführt. Hierauf fielen die Theilhaber dieser Firma in Geltstag; die Wechselgläubiger erhielten eine zum Theil „fruchtbare" Anweisung. Nun wurde die Betreibung gegen Strübin — im Jahr 1879 — fortgesetzt; letzterer lud indessen die Gläubiger zur Kassation der Vollziehung vor den Richter. Hier berief er sich einerseits auf Dahinfallen (Verjährung) der Betreibung, andrerseits auf Nachlässigkeit der Gläubiger in der Betreibung gegen Sch. und K., sowie hinsichtlich ihrer Eingaben im Geltstag derselben; ferner wurde geltend gemacht, daß die den Klägern zugekommenen Anweisungen ihm nicht angeboten worden seien u. s. w. Der Einspruch wurde abgewiesen, somit das Vollziehungsverfahren als zulässig erklärt. Wir heben aus der Motivirung folgende Punkte hervor:

ad a) „Der § 425 B.-B. spricht nur von dem Dahinfallen der Betreibung, wenn die Pfändung nicht innerhalb eines Jahres von der Mittheilung der Zahlungsaufforderung an erfolgt. Daß sie auch dann dahinfalle, wenn nicht innert Jahresfrist von der Anlegung des Vollziehungs-

befehles an gepfändet wird, ist nirgends gesagt und versteht sich nicht von selbst (Urtheil v. 2. Juli 1880 i. S. Reichen und Wittwer c. Spar- und Leihkasse Frutigen). Es muß daher angenommen werden, daß im Vollziehungsbefehl, wenn keine Zahlungsaufforderung vorausgegangen, erst mit dem Ablauf von zehn Jahren seine Wirksamkeit verliert."

ad b) „Der Wechselbürge haftet gleich dem Wechselschuldner, also als solidarischer Selbstschuldner, nicht als gewöhnlicher Bürge, und der Wechselgläubiger ist daher nicht verpflichtet, ihm die fruchtbare Anweisung behufs Wahrung des Regresses anzubieten. Wohl aber kann der Wechselbürge wie jeder andere Solidarschuldner, dem Gläubiger gegenüber geltend machen, er habe im Geltstage des Wechselschuldners*) eine fruchtbare Anweisung erhalten und sei infolge dessen gedeckt. Dagegen steht dann dem Wechselgläubiger allerdings die Replik zu, er wolle diese Anweisung nicht als Zahlung annehmen und stelle sie dem beklagten Solidarschuldner zur Verfügung."

## 20. „Vindikation" von Forderungsrechten durch den angeblichen Cessionar gegen die Gläubiger des Cedenten. — Simulirte Cession ist unwirksam gegenüber den Gläubigern des angeblichen Cedenten.

Wenger c. Rüfenacht u. Mith.

9. März 1882.

Joh. Hauser hatte dem Bend. Hertig eine Schuldschrift d. d. 30. Dez. 1878 über Fr. 4443. 16 ausgestellt. Der Gläubiger verließ später den Kanton Bern und stellte in seinem neuen Wohnorte schriftliche Abtretungen über die fragliche Forderung aus, namentlich eine solche zu Gunsten des Geschäftsmanns Jak. Wenger in Bern über den Betrag von Fr. 4092. 55. Diesen Jak. Wenger hatte er vor seinem Wegzug zu seinem Generalbevollmächtigten behufs Inkasso seiner Ausstände und Bezahlung seiner Passiven ernannt. Im Anfang des Jahres 1880 ließen N. Rüfenacht und Andere als Gläubiger des Hertig die fragliche Forderung auf Hauser als dem Hertig zustehend pfänden und eine Gantsteigerung

*) Soll heißen „Ausstellers."

über dieselbe publiziren. Nun trat Wenger, der die Schuldschrift in Händen hatte, gestützt auf die schriftliche Abtretung mit einem Vindikationsbegehren gegen Hertig und die betreibenden Gläubiger auf und suchte namentlich auch nachzuweisen, daß und in welcher Weise er dem Hertig den Gegenwerth geleistet habe. Der Prozeß wurde infolge Einleitung einer Strafuntersuchung gegen Wenger wegen Betrugs unterbrochen,*) nach Aufhebung des Strafverfahrens aber wieder aufgenommen. Die Beklagten machten geltend, eine wirkliche Abtretung des Forderungsrechts sei nicht beabsichtigt gewesen, sondern der schriftliche Cessionsakt habe nur zum Zwecke gehabt, die Versilberung der Forderung auf Hauser für Rechnung Hertig's zu erleichtern, es liege daher ein simulirtes Rechtsgeschäft vor, das gemäß Satz. 703 C. nach seiner wirklichen Beschaffenheit als Vollmacht zu beurtheilen und für die Beklagten verbindlich sei. In diesem Sinn entschied denn auch der Appellations- und Kassations-Hof.

Erwägungsgründe:

„Die Vindikationsbeklagten berufen sich heute zunächst darauf, daß die Vindikation nur bei körperlichen Sachen zulässig sei, nicht aber, wenn es sich um Forderungsrechte handle (§ 500 ff. B.-B.). Wenn aber auch diese Behauptung an und für sich als richtig betrachtet werden muß, so können doch die Beklagten mit diesem Einwande jetzt nicht mehr gehört werden, nachdem sie sich auf die gegnerische Klage eingelassen und durch ihr Vorgehen damit einverstanden erklärt haben, daß die Frage der Berechtigung an der streitigen Forderung auf dem von Jakob Wenger gewählten Wege beurtheilt werde.

„Die Beklagten bestreiten, daß Bendicht Hertig jemals die Absicht und den Willen gehabt habe, das Eigenthum an dem streitigen Titel auf Wenger zu übertragen und daß der letztere dem Hertig irgend welchen Gegenwerth geleistet habe. Die Abtretung des Titels sei vielmehr nur ein Scheingeschäft gewesen und zu dem Zwecke erfolgt, um eine leichtere Realisirung desselben durch Wenger als Generalbevollmächtigten des Hertig zu ermöglichen. Der Beweis der Behauptung, daß kein Gegenwerth geleistet worden sei, liegt nun ebenfalls den Beklagten ob, und die Ansicht der letztern, wonach der Kläger den Beweis des Gegentheils zu erbringen hätte, erscheint als durchaus unrichtig. Der Abtretungsakt wird perfekt auch ohne daß ein Gegenwerth geleistet worden wäre, und die Beklagten müssen daher, um das Fundament der

*) Vgl. S. 319, Heft 3, hievor.

Klage zu zerstören, den Nachweis erbringen, daß der Wille der Parteien entgegen dem Wortlaute der Abtretung, nur darauf gerichtet war, die Veräußerung des Titels an dritte Personen zu ermöglichen und ein Mandatsverhältniß zwischen Hertig und Wenger zu begründen. Es wird daher das Resultat der Beweisführung nach dieser Richtung hin zu prüfen sein."

Folgt die eingehende Prüfung des Beweisergebnisses.

„Hält man alle diese Umstände zusammen mit der Zudringlichkeit, womit Wenger sich in den Besitz des abzutretenden Titels zu setzen suchte, so gelangt man zu der Ueberzeugung, daß ein Gegenwerth nicht geleistet worden und den Beklagten der Nachweis gelungen ist, daß es sich um ein bloßes Scheingeschäft handelte und Hertig lediglich die Absicht und den Willen hatte, durch Ausstellung der Abtretung an Wenger die Versilberung des auf Hauser lautenden Titels zu erleichtern und keineswegs das daherige Forderungsrecht auf Wenger zu übertragen (Satz. 703 C.-G.)."

**21. Cession einer nichtfälligen Forderung aus einem zweiseitigen Vertrag. — Einrede des Schuldners ex persona cedentis.**

Kunz c. Kirchhofer.

16. März 1882.

B. Spycher hatte dem Chr. Kunz ein Landgut für die Zeit vom 15. März 1879 an auf 6 Jahre verpachtet. Der Pachtzins war halbjährlich auf 15. März und 15. September zahlbar. — Unterm 13. Juli 1880 cedirte Spycher dem Arzt K. in Langnau einen Theil der auf 15. März 1881 fällig werdenden Pachtsumme. Allein schon am 21. Juli 1880 wurde das Pachtgut von andern Gläubigern des Spycher auf die Gant gebracht und ihnen wegen Mangels von Angeboten und Nachgeboten zum Eigenthum überlassen. Welchen Einfluß diese Thatsache auf das Pachtverhältniß äußerte, geht aus dem Urtheil nicht hervor; Kunz scheint indeß nicht von dem Pachtgut entfernt worden zu sein, denn am 24. März 1881 ließ K. bei ihm ein „Bestandverbot" ausführen für den dem erstern abgetretenen Theil der Pachtzinsforderung. Hiegegen erhob Kunz Widerspruch, weil dem Spycher keine Forderung an ihn zustehe; überdies machte er eventuell gewisse Entschädigungsforderungen, bezw. Nachlaßversprechen wegen Ueberschwemmung, aus dem Pachtvertrage geltend. — Der App.- und Kass.-Hof,

vor welchen der Streit zur Beurtheilung gebracht wurde, fand den Einspruch begründet.

### Motive:

Die Kassationsklage des Christian Kunz gegen das von P. Kirchhofer als Cessionar des Bendicht Sphcher unterm 22./24. März 1881 gegen ihn herausgenommene Bestandverbot gründet sich auf eine gänzliche, eventuell theilweise Bestreitung der abgetretenen Pachtzinsforderung.

In ersterer Beziehung wird zunächst geltend gemacht, die Cession vom 13. Juli 1880 sei dem heutigen Kläger als debitor cessus niemals rechtlich notifizirt worden.

Dieser Einwand ist jedoch hinfällig, weil zur Rechtsbeständigkeit der Cession die Erlassung einer Notifikation an den Schuldner nicht erforderlich ist, sondern dieselbe nur*) den Zweck hat, das Recht des Schuldners einzustellen, an den Cedenten gültige Zahlung zu leisten (Satz. 981 C.).

Ein weiterer Einwand des Klägers stützt sich auf die Thatsache, daß unterm 21. Juli 1880 die von Sphcher an Kunz verpachteten Liegenschaften vergantet und die Gläubiger des Sphcher auf zwei Dritttheile der Grundsteuerschatzung der unversteigert gebliebenen Liegenschaften angewiesen worden sind. Vom 21. Juli 1880 an sei daher Bendicht Sphcher nicht mehr Eigenthümer der fraglichen Liegenschaften gewesen, habe somit kein Recht mehr auf Bezug des am 15. März 1881 verfallenden halbjährlichen Pachtzinses gehabt und folglich habe er auch am 13. Juli 1880 keine Quote dieser Pachtzinsforderung an den Beklagten abtreten können. Diese Argumentation muß als richtig betrachtet werden. Mit der zwangsweisen sowohl als mit der freiwilligen Veräußerung des Eigenthums geht das Genußrecht an dem veräußerten Objekte auf den neuen Erwerber über. Da die Vergantung am 21. Juli 1880 stattfand und es sich um eine vom 15. Sept. 1880 bis zum 15. März 1881 laufende Pachtzinsforderung handelt, so müßte Kunz, wenn die Abtretung vom 13. Juli 1880 aufrecht erhalten würde, doppelte Zahlung leisten, nämlich einmal an den Beklagten als Cessionar des Bendicht Sphcher für eine Quote von Fr. 308 — und sodann an die auf einen Theil des Schatzungswerthes der fraglichen Liegenschaften angewiesenen Gläubiger des Sphcher für die ganze Forderung. Dem gegenüber behauptet nun Kirchhofer, es könne der debitor cessus dem Cessionar keine

*) Dieses „nur" ist jedoch bestritten, vgl. die Ausführungen Dr. Attenhofer's in dieser Ztschr. Bd. XVII, S. 17, 54. ff., 582; XVIII, S. 102.

Einwendungen entgegensetzen, welche zur Zeit der Abtretung oder zur Zeit der Fälligkeit der Forderung nicht bestanden haben. Die letztere Alternative trifft in casu nicht zu, weil die abgetretene Forderung erst am 15. März 1881 fällig wurde, während die aus dem stattgefundenen Gantverfahren hergeleitete Einrede des debitor cessus schon vom 21. Juli 1880 an bestand. Was hingegen die Ansicht betrifft, als wäre der debitor cessus nicht berechtigt, dem Cessionar solche Einreden entgegenzuhalten, welche erst nach der Abtretung entstanden sind, so ist dieselbe eine durchaus irrige. Mit Ausnahme der nach erfolgter Notifikation an den Cedenten geleisteten Zahlung kann vielmehr der Schuldner dem Cessionar gegenüber sich aller ihm, sei es gegen den Cedenten*) oder gegen den Cessionar selbst, zustehenden Einreden bedienen, gleichgültig, ob sie zur Zeit der Abtretung schon bestanden haben oder nicht.

War demnach Bendicht Spycher nicht berechtigt, dem Kirchhofer am 13. Juli 1880 einen Theil der auf 15. März 1881 verfallenden Pachtzinsforderung an Kunz abzutreten**) und fällt die daherige Abtretung als wirkungslos dahin, so ergibt sich von selbst, daß das gegen Kunz für die abgetretene Quote der fraglichen Forderung herausgenommene Bestandverbot kassirt werden muß. —

## 22. Feuerversicherung. — Beweislast in Betreff des erlittenen Schadens. — Erleichterung der Beweisrequisite.

Grunder c. La Renaissance.

16. März 1882.

Im Jahr 1879 versicherte der Bauunternehmer Grunder bei der Versicherungsgesellschaft La Renaissance in Paris durch Vermittlung ihres Generalagenten K. in Bern eine Anzahl zu Erd- und Wasserarbeiten dienliche Gegenstände, die sich in einer Barake zu Biel befanden, gegen Brandschaden. Die Gegenstände waren von den Schätzern der Gesellschaft auf Fr. 1735 taxirt. Wenige

---

*) Mit Ausnahme jedoch der Compensation von Gegenforderungen an den Cedenten, welche er erst nach der Cession erworben. Windscheid, Pand. II, § 332. (Red.)

**) Der Verpächter war zu der Abtretung wohl berechtigt, aber der Cessionar erwarb die Forderung nur unter der Voraussetzung, daß auch die Gegenleistung des Verpächters dem Pächter gehörig prästirt werde und daß überhaupt das Pachtverhältniß fortbestehe. (Red.)

Monate später brannte die fragliche Barake ab; die Brandreste wurden vom Generalagenten besichtigt und sodann mit dessen Erlaubniß von Grunder entfernt. Der letztere reichte ein Verzeichniß der verbrannten Gegenstände ein, deren Werth sich nach seiner Angabe auf Fr. 1735, gleich der vollen Versicherungssumme, belief. Die nach Mitgabe der Versicherungsbedingungen durch von beiden Parteien ernannte Experten aufgestellten Schatzungen gingen auseinander, indem der eine den Schaden auf Fr. 1655, der andere nur auf Fr. 848 bezifferte. Grunder erhob nun Klage auf Ausbezahlung des ersteren Betrages. Die Beklagte berief sich auf die Bedingungen der Police, in welchen u. a. gesagt war:

> „Art. 11. Weder die versicherten Summen, noch die einbezahlten Prämien, noch die in der Police enthaltenen Bezeichnungen und Schatzungen können von dem Versicherten als eine Anerkennung, ein Beweis oder eine Vermuthung des Vorhandenseins oder des Werthes der versicherten Gegenstände angerufen werden. Somit hat der Versicherte der Gesellschaft oder ihrem kompetenten Agenten den Beweis mittelst aller ihm zu Gebote stehenden und in seiner Macht liegenden Mittel und Dokumente über die Existenz und den Werth der versicherten Gegenstände im Momente des Brandes zu leisten, sowie über die Wirklichkeit und den Werth des Schadens."

Sodann machte sie geltend, der Versicherte habe über das Eigenthum an den versicherten Gegenständen theilweise falsche Angaben gemacht, was die Ungültigkeit des Vertrages nach sich ziehe. Endlich wurde das Vorhandensein und die Werthangabe einzelner Gegenstände zur Zeit des Brandes in Zweifel gezogen u. s. w. Die Klage wurde im vollen Umfange zugesprochen. Aus den

Erwägungsgründen

heben wir Folgendes hervor:

„Der Streit zwischen den Parteien dreht sich hauptsächlich um die Frage nach der Beweislast. Während nämlich der Kläger behauptet, der Nachweis des entstandenen Brandschadens werde in genügender Weise dadurch erbracht, daß man sich auf die Versicherungspolice und auf das Abschatzungsverbal berufe, weist die Beklagte auf Art. 11 der Versicherungsbedingungen hin, wonach der Versicherte mittelst aller ihm zu Gebote stehenden Mittel den Beweis über die Existenz und den Werth der versicherten Gegenstände im Momente des Brandes, sowie über die Wirklichkeit und Höhe des Schadens zu leisten hat. Abgesehen nun auch von der

Frage, ob der angerufene Art. 11 der Versicherungsbedingungen mit den allgemeinen Grundsätzen über den Versicherungsvertrag in vollem Einklange steht und ob dem Kläger der oft geradezu unmögliche Beweis über das Vorhandensein und den Werth der versicherten Gegenstände zur Zeit des Brandes zugemuthet werden darf, liegt es in der Natur der Sache, daß jedenfalls ein strikter Beweis in dieser Beziehung nicht gefordert werden kann, sondern daß es genügen muß, wenn dieser Beweis unter den obwaltenden Umständen als hinreichend erbracht zu betrachten ist, vgl. das Urtheil in Seuffert's Archiv, Bd. 27, Nr. 171. Es wird daher zu prüfen sein, ob in casu die Annahme als gerechtfertigt erscheint, daß der entstandene Schaden nahezu derjenigen Summe gleichkommt, für welche das in der abgebrannten Barake befindliche Werkzeug des G. versichert war. Zieht man nun in Betracht, daß der Brand nur ungefähr $2^1/_2$ Monate nach dem Abschluß der Versicherung stattfand, daß durch die Schätzer der beklagten Gesellschaft eine genaue Schatzung der zu versichernden Gegenstände aufgenommen wurde und daß der Natur der Sache nach nicht anzunehmen ist, es sei mit Bezug auf diese Gegenstände und deren Werth in der kurzen Zeit eine bedeutende Veränderung eingetreten, weil es sich um Werkzeug (Schiff und Geschirr) handelte, welches G. zu seinem Gewerbe nothwendig hatte, so kommt man zu dem Schlusse, daß der dem Kläger nach Art. 11 der Versicherungsbedingungen obliegende Beweis den gegebenen Umständen gemäß als erbracht zu betrachten ist."

**23. Der Geltstager ist zur Einklagung solcher Ansprüche gegen Dritte legitimirt, welche von seinen Gläubigern durch ausdrücklichen Beschluß fallen gelassen, resp. nicht zur Masse gezogen sind (vgl. §§ 594, 565, 590 B.-B.).**

Bannholzer c. Anderegg.

17. März 1882.

NB. Es handelte sich in casu um einen erbrechtlichen Anspruch, den der Geltstager durch Anstellung einer Testaments-Absetzungsklage vor Eintritt des Geltstages anhängig gemacht hatte.

**24. Vorrecht des Staates für Liquidationskosten im Geltstag. — Die fixe Prozentgebühr vom rohen Massavermögen nach Art. 21 des Gesetzes vom 24. März 1878 genießt das Vorrecht in Kl. 1 an Stelle der bisherigen Einzelgebühren.**

Ersparnißkasse Büren c. Staat Bern u. Mith.

23. März 1882.

**25. Verantwortlichkeit des Notars bei Abfassung von Testamenten.**

Zimmermann u. Mith. c. Amstutz.

23. März 1882.

Vgl. Ztschr. f. vat. R., V S. 241, 247, 249; XIII 275, 153; Ztschr. d. bern. Jur.-Ver., VI S. 49; 82, IX 49; XV S. 38.

Durch Endurtheil des App.- und Kass.-Hofes vom 7. August 1880 (Ztschr. XVII S. 296) wurde das Testament des Friedrich Zimmermann vom 6. März 1875 gerichtlich als ungültig erklärt, weil die Bescheinigung der Zeugen über die Erklärungen des Testators nicht den gesetzlichen Erfordernissen entsprach. Die eingesetzten Erben erhoben nun gegen den Notar, welcher das Testament abgefaßt hatte, eine Klage auf Ersatz des Schadens, welcher ihnen daraus erwachse, daß er die von ihm selbst geschriebene Zeugenbescheinigung nicht den gesetzlichen Vorschriften gemäß redigirt habe, bezw. auf „Vergütung" desjenigen Vermögens, welches ihnen in Folge der Absetzung des fragl. Testamentes verloren gehe, sowie auf Ersatz der Kosten des gegen die gesetzlichen Erben Zimmermann's geführten Prozesses. Die Klage wurde abgewiesen, gestützt auf nachstehende

Erwägungsgründe:

Die Kläger belangen den Fürsprecher und Notar A. auf Ersatz desjenigen Schadens, welcher ihnen in Folge der Absetzung des von Friedrich Zimmermann, gew. Müller zu Mühledorf, am 6. März 1875 errichteten Testaments erwachsen ist.

Vor Allem aus wurde nun heute Seitens des Beklagten die Aktivlegitimation der Kläger bestritten und zwar aus dem Grunde,

weil dieselben gar nicht Erben, also nicht Rechtsnachfolger des Testators seien. Zudem hätte vor der Klagserhebung jedenfalls ein Beschluß gegen ihn erwirkt werden sollen, wodurch er für den verursachten Schaden verantwortlich erklärt worden wäre (§ 49 des Gesetzes vom 19. Mai 1851). Diese Argumentation ist jedoch nach keiner Richtung hin stichhaltig.

Was zunächst die Einwendung betrifft, die Kläger seien nicht die Erben des Testators Friedrich Zimmermann, so beruht gerade das Fundament der Klage auf der Thatsache, daß die Kläger zwar durch das Testament vom 6. März 1875 zu Erben eingesetzt worden, aber wegen eines Mangels dieses Testaments, für dessen Folgen sie eben den Beklagten haftbar machen wollen, nicht Erben geworden sind. Es kann ihnen demnach vom Beklagten die Aktivlegitimation aus diesem Grunde nicht bestritten werden. Ueberdieß dient nach Satz. 613 C. ein homologirtes Testament den eingesetzten Erben als Titel zur Antretung der Erbschaft.

Auch ein vorgängiger Verantwortlichkeitsbeschluß war nicht nöthig, weil ein Notar kein öffentlicher Beamter ist und daher die Bestimmungen des Verantwortlichkeitsgesetzes auf ihn nicht anwendbar sind, wie denn auch in solchen Fällen der Notar stets direkt belangt wurde. Wird endlich noch geltend gemacht, es handle sich im vorliegenden Falle gar nicht um einen entstandenen Schaden, sondern bloß um einen entgangenen Gewinn, wofür nach Satz. 965 C. nur im Falle der Arglist Ersatz zu leisten sei, so kommt hier die angerufene Satzung gar nicht in Betracht, weil nicht aus einer culpa Aquilia, sondern aus der angeblichen Verletzung einer kontraktlich übernommenen Verpflichtung geklagt wird. Es wurde auch immer angenommen, in einem derartigen Falle sei die Satz. 965 C. nicht anwendbar, sondern es sei bloß die Frage zu prüfen, ob der Notar eine Partei geschädigt habe, und ob er dafür verantwortlich gemacht werden könne. Andernfalls wäre es auch überhaupt nicht möglich, einen Notar wegen mangelhafter Abfassung eines Testamentes auf Schadensersatz zu belangen, weil stets eingewendet werden könnte, es handle sich nicht um einen wirklichen Schaden, sondern nur um einen entgangenen Gewinn.

Was nun die Sache selbst betrifft, so sind Parteien in thatsächlicher Beziehung über die meisten Punkte einig, namentlich auch darüber, daß der Beklagte die Zeugenbescheinigung eigenhändig geschrieben hat, sowie daß das Testament wegen mangelhafter Redaktion eben dieser Zeugenbescheinigung durch Urtheil des hierseitigen Gerichtshofes vom 7. August 1880 abgesetzt worden ist. Nach Satz. 567 C. ist der Notar allerdings berechtigt, die

Zeugenbescheinigung zu schreiben, und entsteht daher die Frage, ob ein Notar für eine mangelhafte Zeugenbescheinigung, die er selbst geschrieben, verantwortlich ist. Rücksichtlich der Stellung des Notars bei der Testamentserrichtung ist es unzweifelhaft und unbestritten, daß er für die richtige Abfassung des Testamentes in seinen Hauptbestandtheilen verantwortlich ist. Mit Bezug auf die Zeugenbescheinigung wurde durch Urtheil vom 1. August 1833 entschieden, daß der Notar für Formfehler, welche sich bei einem Testamente in der Zeugenbescheinigung finden und die Ungültigkeit desselben zur Folge haben, nicht verantwortlich sei. Damit steht das Urtheil vom 24. Februar 1843 nicht im Widerspruche, weil dort in den Vordergrund gestellt wurde, daß das fragliche Testament in seinem Hauptinhalt mangelhaft sei, indem der Testator nicht bezeugt hatte, er habe es selbst gelesen und richtig abgefaßt gefunden. Es ist die Aufgabe der Zeugen, die ganze Testamentsverhandlung zu kontroliren und durch ihr Zeugniß dafür Gewähr zu bieten, daß wirklich der Testator die betreffende Schrift als seine letzte Willensverordnung betrachtet wissen wollte. Sie haben daher eine mehr selbstständige Stellung, und ihre Funktion beginnt eigentlich erst, wenn das Testament schon fertig ist (Leuenberger, Vorlesungen, Bd. II, Lief. 3, S. 434—442). Demgemäß kann es auch regelmäßig nicht als in der Aufgabe des Notars liegend betrachtet werden, für die Richtigkeit der Zeugenbescheinigung zu sorgen.

In casu ist der Beweis nicht erbracht, daß A. die Zeugenbescheinigung im Auftrage des Testators geschrieben hat, und nach dem Gesagten versteht sich dieß nicht von selbst. Er ist daher als Mandatar der Zeugen anzusehen und streng genommen steht somit den Klägern gar kein direktes Klagrecht aus dem Mandatsverhältnisse gegen ihn zu. Wollte man aber auch den Beklagten als Bevollmächtigten des Testators betrachten und die grundsätzliche Anwendbarkeit der Satz. 789 C. im vorliegenden Falle anerkennen, so wäre immerhin noch zu untersuchen, ob den Beklagten in der Ausführung seines Mandats ein ihn zum Schadenersatz verpflichtendes Verschulden trifft oder nicht. In dieser Beziehung fällt zunächst in Betracht, daß er die Zeugenbescheinigung nicht in seiner Eigenschaft als Notar geschrieben hat und auch nicht dafür bezahlt wurde. Es kann daher nicht gesagt werden, er habe als Notar für Geschäftskenntniß bei Abfassung der Zeugenbescheinigung gehaftet. Aber auch abgesehen davon liegt in der Auslassung der Worte „einer in Gegenwart des Andern" ein ganz leichtes Verschulden, eine culpa levissima, für welche der Beklagte nicht haftbar erscheint. Das Urtheil vom 7. August 1880, wodurch

das in Rede stehende Testament abgefaßt wurde, war nur eine Konsequenz desjenigen vom 15. Februar 1878 *), welches sich zuerst auf den streng formellen Standpunkt gestellt hatte, und wodurch entschieden worden war, daß der Mangel jener Worte in der Zeugenbescheinigung die Ungültigkeit des Testaments zur Folge haben müsse.

## 26. Arrestprozeß. — Der Arrestkläger ist zur Rechtsversicherung in keinem Falle verpflichtet.

Friedr. Wyß (Bekl.)
Ulr. Wyß (Bekl.) } c. Käsereigesellschaft Arboldswyl.

24. März 1882.

Erwägungsgründe:

Das Gesetz (§ 610 P.-V.) faßt den Arrest als eine Art provisorische Verfügung auf zur Sicherung des Gläubigers gegen einen zahlungsflüchtigen Schuldner. Zur Erreichung dieses Zweckes muß einerseits das Verfahren möglichst beschleunigt werden, während andererseits der Richter verpflichtet ist zu untersuchen, ob wirklich die Voraussetzungen zur Bewilligung des Arrestes vorhanden sind. Demgemäß hat er, auch wenn die Forderung, für welche ein Arrestverfahren eingeleitet werden soll, sich auf keinen exekutorischen Titel gründet, oder nicht zahlfällig ist, bei eigener Verantwortlichkeit dafür zu sorgen, daß dem Schuldner für den ihm allfällig aus den getroffenen Maßnahmen erwachsenden Schaden Sicherheit geleistet werde. Nun liegt es offenbar in der Natur der Sache, daß unter diesem Schaden auch die Prozeßkostenforderung des Arrestbeklagten an den Arrestkläger zu subsumiren ist. Es muß daher angenommen werden, der Gesetzgeber habe im Arrestprozesse die Rechtsversicherung nicht zulassen wollen, weil in denjenigen Fällen, wo dem Schuldner möglicherweise ein Schaden erwachsen kann, der Letztere schon hinreichend durch die geleistete Kaution für allen diesen Schaden — also auch für seine eventuelle Prozeßkostenforderung — gedeckt sein soll (vgl. das Urtheil vom 19. November 1858 in Sachen Finsterwald ca. Finsterwald **). Auf § 51, litt. a, Abs. 1 P. darf man sich nicht berufen, um den Nachweis des Gegentheils zu erbringen. Die

*) Ztschr. XIV 641.

**) Siehe Ztschr. f. vat. R., N. F. II (vom Jahr 1863), S. 23.

dort vorgesehene Ausnahme von der Verpflichtung zur Rechtsversicherung, wenn der Kläger keinen Wohnsitz im Kanton hat, erklärt sich nämlich daraus, daß zur Zeit, wo die neue Prozeßordnung in Kraft trat, mit Bezug auf den Arrest noch das Recht der Gerichtssatzung galt, wonach der Arrestirte auf Kassation des Arrestes klagen mußte, sobald er denselben nicht anerkennen wollte (Gerichtssatzung von 1761, Titel III, Satzung 13 u. ff., S. 192), und daß demnach der Gesetzgeber durch jenen Beisatz, den er aus dem frühern Prozeß — von 1821 — Satzung 49 — herüber genommen hat, offenbar nur klar stellen wollte, daß in solchen Fällen der auf Aufhebung des Arrestes klagende Schuldner materiell Beklagter und daher nicht rechtsversicherungspflichtig sei (siehe denn auch Anmerkung des Prof. Schnell zu Satzung 49 des Civilprozesses von 1821).

Gegenwärtig kommt deßhalb der erwähnten Ausnahme bloß die Bedeutung einer historischen Reminiscenz zu, und namentlich ist daraus nicht argumento a contrario der Schluß zu ziehen, als sei im Arrestprozesse ein Rechtsversicherungsbegehren zuläſſig.

Im vorliegenden Falle kommt außerdem noch der weitere Umstand hinzu, daß die Incidentalbeklagten in ihrer Antwort auf das gestellte Rechtsversicherungsbegehren anerkannt haben, daß die durch sie geleistete Sicherheit auch für die Prozeßkosten des Gegners diene, und daß die Zulänglichkeit dieser Sicherheit eigentlich nicht bestritten oder angefochten wird. Auch schon aus diesem Grunde wäre demnach das gestellte Rechtsversicherungsbegehren abzuweisen.

## 27. Kauf nach Probe. — Der Verkäufer hat die Probemäßigkeit der gelieferten Waare zu beweisen.

Wüster u. Komp. c. Lanz.

24. März 1882.

### Erwägungsgründe:

Die Kläger fordern vom Beklagten gemäß Faktur vom 13. Juni 1879 für gelieferte Schuhschäfte einen restanzlichen Betrag von Fr. 725. 35. Sie suchen die Verpflichtung des Beklagten, die fraglichen Waaren zu behalten und zu bezahlen, durch folgende Deduktionen zu begründen. Auf erhobene Reklamationen hin, daß die gesendeten Schuhschäfte nicht musterkonform seien, hätten sie dem Beklagten unterm 18. Juni 1879 erklärt, sie seien bereit, auf seine Proposition betreffend kommissionsweise Ueber-

nahme der Schäfte insoweit einzugehen, als sie diejenigen Original-dutzend ungetheilt in 8 Wochen zurücknehmen wollten, welche er bis dahin nicht verwerthet haben würde. Nun habe Lanz-Hofmann die gestellten Bedingungen nicht erfüllt, indem er nicht Originaldutzende in Verrechnung gebracht, sondern einfach die Waaren schon nach Ablauf von 6 Wochen — am 28. Juli 1879 — retournirt habe mit der Anzeige, daß er bis dahin nur 2 Paar Herrenschäfte habe verkaufen können. In Folge dessen seien die von den Klägern dem Beklagten gemachten bedingten Propositionen als dahingefallen zu betrachten, der alte Vertrag sei wieder in Kraft getreten, und es müsse demgemäß der Beklagte die bestellten Waaren behalten und dafür Zahlung leisten.

Nun ist aber diese ganze Argumentation unrichtig. Durch die gegenseitige Vereinbarung, daß der Beklagte die gelieferten Schäfte kommissionsweise übernehmen sollte, ist der frühere feste Bestellungsvertrag dahingefallen und konnte nicht dadurch wieder zur Wirksamkeit gelangen, daß Lanz-Hofmann die Bedingungen des Kommissionsgeschäftes nicht erfüllte. Die Kläger wären daher nur berechtigt gewesen, auf Erfüllung des Kommissionsgeschäftes, bezw. auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung desselben zu klagen, nicht aber auf Erfüllung des ursprünglichen Lieferungsvertrages.

Die Vertheidigung stellt sich indeß ebenfalls auf den von dem Kläger eingenommenen Standpunkt, und es ist deßhalb die vorliegende Streitfrage nach Mitgabe des ersten Vertrages zu beurtheilen. Der Beklagte beruft sich nun in erster Linie darauf, Wüster u. Komp. hätten die Waaren unbeanstandet zurückgenommen und dadurch zu erkennen gegeben, daß sie auf Erfüllung des Vertrages verzichten. Im weitern wird geltend gemacht, die Waaren seien nicht musterkonform und der Beklagte daher befugt gewesen, dieselben zur Disposition zu stellen. Was den ersten Punkt betrifft, so hat es sich durch die Beweisführung herausgestellt, daß der Bericht der Güterexpedition von Elberfeld d. d. 22. Dezember 1879, die Sendung sei unbeanstandet abgenommen worden, auf Irrthum beruhte und dem Versehen eines Unterbeamten zuzuschreiben ist. Vielmehr war die Abnahme verweigert und der Güterexpedition Langenthal hievon am 12. Aug. 1879 Kenntniß gegeben worden. Diese Einwendung des Beklagten entbehrt daher jeder Begründung.

Mit Bezug auf die bestellungsgemäße Lieferung der Waare entsteht die Frage, wem die Beweislast in dieser Beziehung obliegt und welcher Beweis geleistet werden muß. Es ist unzweifelhaft, daß der Kläger, welcher Erfüllung eines zweiseitigen Vertrages verlangt, zu beweisen hat, daß er seinerseits denselben

erfüllt habe. Da es sich nun in casu um einen Kauf nach Muster handelt, so war es Sache der Kläger, den Nachweis zu erbringen, daß die Schäfte musterkonform waren. Dieser Beweis ist ihnen vollständig mißlungen. Allerdings hat sich die Behauptung des Beklagten, daß er Abänderungen vom vorgewiesenen Muster verlangt habe, durch die Beweisführung nicht erwahrt, wohl aber hat sich herausgestellt, daß der Beweis der Musterkonformität von den Klägern unmöglich erbracht werden könne. Der Zeuge Graf hat die Waare nicht gesehen, während dem Sachverständigen der Bescheid ertheilt wurde, die Muster seien schon längst verkauft, so daß es an jeder Basis für die Vergleichung der gelieferten Schäfte mit den vorgewiesenen Mustern mangelt. *)

**28. Schadenersatzklagen aus Preßvergehen können vor dem Civilgericht nicht geltend gemacht werden, so lange die Schuld des Beklagten nicht durch das Schwurgericht festgestellt ist. § 63 Kant.-Verf.**

Gugger (Bekl.) c. Greber u. Komp. (Kl.).
Witz c. Simmen.

25. März 1882.

Obiger Satz wurde in 2 Urtheilen vom nämlichen Tag ausgesprochen und gleichlautend begründet. Im einen Falle handelte es sich um Veröffentlichung der Firma der Kläger als „schlechte Zahler" in dem Zeitungsblatt « Confidentia », Organ des schweiz. Kreditschutzvereins, im andern um Veröffentlichung eines angeblich verleumderischen Pamphlets, betitelt: „Die Ersparnißkasse Erlach u. s. w." — Das erstinstanzliche Urtheil hatte die foridektinato-

*) N. B. Die Proben waren, wie uns mitgetheilt wird, von Klägern zurückgenommen und veräußert worden. Hätte dagegen der Beklagte sich außer Stande gesetzt, die Probe vorzulegen, so dürfte eine Umkehrung der Beweislast anzunehmen gewesen sein, vgl. z. B. Thöl, Handelsr. I, § 260, Nr. 5: „Hat der Käufer durch Schuld die Probe abhanden kommen lassen oder verwahrlost ... so haftet er für das Interesse, d. h. bürdet sich die Beweislast auf, daß die gelieferte Waare unprobemäßig ist, und muß, wenn er diesen Beweis nicht erbringen kann, die Waare als probemäßig gelten lassen." Gareis, in Endemann's neuestem Hdb. d. Hdlsr. (1882), Bd. II, S. 598, sagt freilich, es fehle für diese Ansicht „an einem positiven Anhaltspunkte im heutigen deutschen Rechte"; es dürfte aber kaum bestritten werden, daß sie der Konsequenz und den Bedürfnissen des Verkehrs entspricht. (Red.)

rische Einrede im einen Falle zugesprochen, im andern abgewiesen. Es folgen die oberinstanzlichen

Erwägungsgründe

im ersterwähnten Falle:

Die Kläger stützen ihren Entschädigungsanspruch auf ein vom Beklagten angeblich begangenes Preßvergehen. Es ergibt sich dies sowohl aus dem Rechtsbegehren, als aus der ganzen Begründung der Klage, namentlich aus Art. 29 derselben, wo die Publikation in der Zeitung «Confidentia», welche die Kläger in Schaden gebracht haben soll, als „Verleumdung" bezeichnet wird.

Mit Rücksicht hierauf bestreitet der Beklagte die Zuständigkeit des Civilrichters für die Beurtheilung des vorwürfigen Klagsanspruches, indem er geltend macht, nach § 63 der Kantonsverfassung falle die Beurtheilung der Frage, ob ein Preßvergehen begangen worden, ausschließlich in die Kompetenz des Geschwornengerichtes; erst wenn die Jury ein Schuldig ausgesprochen habe, könne vor dem Civilrichter ein allfälliger aus dem Preßdelikt herzuleitender Schadensersatzanspruch geltend gemacht werden; dagegen sei es unzulässig, daß der Civilrichter auch die Frage der Existenz des Deliktes selber beantworte.

Hiegegen wird von den Klägern eingewendet, sie verlangen nicht Bestrafung des Beklagten, sondern bloß Ersatz des durch die Auskündungen in der «Confidentia» erlittenen Schadens, gestützt auf die Bestimmungen des Civilgesetzbuches über den Ersatz des Schadens, der durch rechtswidrige Handlungen verursacht worden, somit handle es sich um eine rein civile Schadenersatzklage, für welche jedenfalls der Civilrichter kompetent sei, und welche sie bei diesem unabhängig von der öffentlichen, der Strafklage, anzubringen befugt seien.

Nach **Art. 3 des St.-V.** ist es nun allerdings dem durch eine strafbare Handlung Geschädigten gestattet, die Civilklage aus der Letztern besonders und unabhängig von einer allfällig vorausgegangenen Strafklage bei dem Civilrichter anzubringen. In dieser Beziehung macht die erwähnte Bestimmung auch für Preßdelikte keine Ausnahme, obschon das Gesetz über das Strafverfahren viel spätern Datums ist, als die Verfassung, woraus gefolgert werden könnte, es sei nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen, bezüglich der Preßdelikte eine Ausnahme von der Regel des Art. 3 zuzulassen.

Allein ein Zurückgehen auf die Idee der im § 63 K.-V. statuirten Uebertragung der Preßvergehen an die Geschwornengerichte, auch solcher, welche nicht Kriminalvergehen sind (für welche doch in erster Linie die Jury eingeführt wurde), läßt die Argumentation des Incidentalklägers als richtig erscheinen.

Aus den Verhandlungen des Verfassungsrathes vom Jahre 1846 geht nämlich hervor, daß bei Einsetzung der Geschwornengerichte für Preßvergehen hauptsächlich die Rücksicht auf die Preßfreiheit maßgebend war. Man erblickte in der Presse ein wesentlich politisches Institut, einen Hort der politischen Freiheit, der freien Meinungsäußerung; man war in Folge dessen von der Nothwendigkeit eines besonderen Schutzes für dieselbe durchdrungen und fand einen solchen vor Allem in der ausschließlichen Beurtheilung der Preßvergehen durch das Volk selbst, bezw. einen Ausschuß desselben, als welchen das Geschwornengericht sich darstellt, indem dieses, zusammengesetzt aus Männern aller Stände des bürgerlichen Lebens und von keiner politischen Macht des Staates beeinflußt, jede mögliche Bürgschaft einer vorurtheilslosen, objektiven Rechtspflege darbiete (vgl. die Voten von Imobersteg und namentlich Stämpfli a. E., Tagbl. Nr. 70 und 71). Diese Auffassungsweise fand später auch prägnanten Ausdruck in den von der Frankfurter Nationalversammlung angenommenen und der Reichsverfassung vom 28. März 1849 einverleibten Grundrechten des deutschen Volkes, wo mit der Garantie der freien Meinungsäußerung durch Wort, Schrift, Druck &c. zugleich auch die Beurtheilung der von Amteswegen zu verfolgenden Preßvergehen durch Schwurgerichte vorgeschrieben wurde (§ 143), und, von dem gleichen Gedanken geleitet, führten in der Folge einige deutsche Staaten sogar die Geschwornengerichte ein, einzig zum Zwecke der Verhandlung und Aburtheilung von Preß- und gewissen politischen Vergehen (S. Mittermaier, Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren. Vergl. zu der vorliegenden Frage das Gutachten von Glaser für den deutschen Juristentag, über die Behandlung der Preßvergehen 1865, namentlich die dort abgedruckte Meinung von Chassan: „Was würde aus der Magistratur, wenn sie über die politischen und Preßdelikte zu erkennen hätte? Es hülfe ihr wenig, die aufgeklärtesten, liberalsten, geachtesten Entscheidungen zu fällen, sie gälte dennoch für ein bloßes Regierungswerkzeug, instrumentum regni," &c.).

Aus dem Gesagten ergibt es sich, daß die Verfolgung des Civilanspruches aus einem Preßvergehen vor dem Civilrichter gegen Sinn und Geist der mehr berührten Verfassungsbestimmung verstoßen würde, wonach für die Frage der Existenz eines Preß-

vergehens eben ausschließlich das Geschwornengericht zuständig sein soll. Für die Richtigkeit dieser Ansicht mag endlich noch der Umstand angeführt werden, daß seit dem Bestehen der gegenwärtigen Verfassung in der Gerichtspraxis bis heute kein anderer Fall bekannt geworden, wo für eine durch das Mittel der Druckerpresse begangene Injurie vor dem Civilrichter Genugthuung verlangt worden wäre.

**29. Beweis durch das Haus- oder Handlungsbuch. — § 276 P. bezieht sich nicht nur auf die Höhe der Forderung, sondern auch auf die Thatsache der Bestellung und Lieferung der Waare.**

Braunschweig c. Bernheim.

25. März 1882.

Emanuel Braunschweig in Bern forderte an C. Bernheim in Biel einen Saldo von Fr. 487. 25 für gemachte Waarenlieferungen und berief sich zum Beweis auf sein Hauptbuch und Journal, in Verbindung mit Ergänzungseid. Der Beklagte bestreitet, diese Lieferungen bestellt und erhalten zu haben, verneint die Beweisfähigkeit der kläger'schen Buchführung in Hinsicht auf die Thatsache der Bestellung und Lieferung und bemängelt die Art und Weise dieser Buchführung, besonders auch mit Rücksicht auf einen Brief des Klägers, in welchem dessen Forderung bedeutend geringer angegeben war. Bei der erstinstanzlichen Schlußverhandlung vor Amtsgericht Biel hatte Kläger (resp. dessen Anwalt?) zugestanden, daß die fraglichen Waaren dem Sohne des Beklagten geliefert worden; er wurde daraufhin mit seiner Klage abgewiesen. Auf erhobene Appellation dagegen ward ihm der Ergänzungseid zuerkannt, und er beschwor dann auch, „daß er die Behauptung, die . . . fraglichen Waaren . . . dem Beklagten . . . geliefert zu haben, nach seiner besten Ueberzeugung für wahr halte."

Erwägungsgründe:

Der Beklagte C. Bernheim bestreitet, daß überhaupt durch ein Haus- oder Handlungsbuch in Verbindung mit dem Ergänzungseid der Beweis von Waaren*bestellungen* und Waaren*lieferungen* erbracht werden könne. Wenn aber diese Rechtsanschauung vom Gerichtshofe nicht adoptirt werden sollte, so sei doch in casu die Buchführung des Klägers Braunschweig eine so un-

ordentliche, daß die Auferlegung des Ergänzungseides an denselben sich nicht rechtfertigen ließe.

Was zunächst den letztern Einwand betrifft, so stützt sich derselbe einerseits darauf, daß der Kläger dem Beklagten in seinem Briefe vom 15. Febr. 1880 einen unrichtigen Saldo zu seinen, des Klägers, Gunsten angegeben habe, sowie andrerseits auf den Umstand, daß sich in den Büchern des Klägers Ausstreichungen finden. Nun beruht aber die ungenaue Angabe in dem erwähnten Briefe augenscheinlich nur auf einem Rechnungsirrthum, nicht auf einer Nachlässigkeit in der Buchführung des Braunschweig. Mit Bezug auf die behaupteten Raduren sodann steht allerdings auf Fol. 151 des Journals folgende Eintragung: Soll (Frau) Bernheim Biel E. Nun darf freilich nach § 277 P. ein rechtsförmiges Haus- oder Handlungsbuch keine verdächtigen Zwischenräume, Ausstreichungen, Raduren oder Einschaltungen enthalten. Im vorliegenden Falle wurde aber gar keine Ausstreichung vorgenommen, sondern das irrigerweise aufgenommene Wort „Frau“ wurde einfach in Parenthese gesetzt und am Ende ein E beigefügt, um die Namensbezeichnung des Schuldners zu vervollständigen. Daraus ergibt sich auch von selbst, daß es sich jedenfalls nicht um verdächtige Abänderungen im Journal des Klägers handeln kann, sondern daß bloß ein offenbarer Irrthum ohne Vornahme von Ausstreichungen redressirt werden sollte. Die Einwendungen des Beklagten, soweit dieselben gegen die Buchführung des Klägers gerichtet sind, erscheinen daher als unbegründet, und es ist demnach im weitern die Hauptfrage im gegenwärtigen Rechtsstreite zu prüfen, nämlich was durch das Haus- und Handlungsbuch in Verbindung mit dem Ergänzungseide des Buchführers bewiesen werden könne.

Wenn man bloß den Wortlaut des § 276 P. in's Auge fassen würde, so müßte man allerdings zu der Annahme gelangen, daß nur für den Beweis der dort erwähnten Schuldforderungen an und für sich ein privilegirtes Beweismittel geschaffen werden sollte, d. h. daß nur der Betrag einer solchen Forderung auf die angegebene Weise bewiesen werden könne. Zu einer andern Auffassung wird man aber geführt durch die Erwägung, daß die ratio legis dahin geht, den Berufs- und Handelsleuten den Beweis ihrer Forderungen möglichst zu erleichtern. Nun würde aber darin keine Erleichterung des Beweises liegen, wenn außer dem Betrage der Forderung noch speziell der Nachweis der Bestellung und der darauf hin erfolgten Lieferung an den Besteller erbracht werden müßte. Es muß deßhalb angenommen werden, durch die Bücher des Beweisführers in Verbindung mit dem Er-



gänzungseide könne der Beweis nicht nur des Betrages seiner Forderung, sondern auch derjenige der Voraussetzungen dieser Forderung erbracht werden. Es gilt hier der Satz, den der Verfasser einer Abhandlung über den Beweis durch das Hausbuch in Bd. 7, S. 69 der Zeitschrift für vaterl. Recht aufstellt: „Nur was wirklich infolge beidseitiger Einwilligung geliefert wird, kann von dem gewissenhaften Buchhalter in das Soll des Debitors gebracht werden, und niemals Artikel, die kommissions- oder versuchsweise remittirt werden.“ Wenn der Beklagte behauptet, durch die fraglichen Bücher werde höchstens eine Vermuthung für die Versendung der Waaren an ihn begründet, nicht aber für deren Lieferung, so spricht die Vermuthung, daß Waaren versendet worden seien, eben auch dafür, daß die Waaren dem Adressaten abgeliefert worden sind, weil der Nichtempfang versendeter Waaren durch den Adressaten jedenfalls eine seltene Ausnahme bildet. Zudem dient eben der Ergänzungseid des Klägers als Korrektiv gegen allfällige unredliche oder willkürliche Eintragungen in das Haus- oder Handlungsbuch, und es stand auch dem Beklagten frei, die zu Gunsten des Klägers bestehende Vermuthung durch Gegenbeweis zu schwächen oder ganz zu entkräften (§ 278 P.). Da nun Letzteres dem C. Bernheim nicht gelungen ist, so steht einer Auferlegung des Ergänzungseides an Braunschweig über Art. 1 der Klage nichts im Wege.

# Entscheidungen des aarg. Obergerichts 1881/1882.

Von Oberrichter Fr. Schneider.

---

**1. Grundpfandrecht. Dasselbe wird begründet zu Gunsten eines betriebenen Betrages, wenn dieser bei Errichtung einer Hypothek als Verhaftung verzeichnet wird.**

Schlatter, Kläger, c. Rodel u. Mith., Beklagte.

Urtheil vom 16. Nov. 1881.

Wittwe Schlatter von Fahrwangen hatte einen Betrag von Jakob Rodel daselbst zu fordern, gegen welchen am 13. Juni 1877 dafür Betreibung angehoben worden. Am 30. Juni 1877 er-

richtete Jakob Rodel zur Sicherstellung des Friedensrichters Rodel und des Rud. Schlatter, welche dem ersteren bezüglich eines Darleihens von Fr. 4000 Bürgschaft geleistet, eine Grundpfandverschreibung, in welcher die betriebene Forderung als Verhaftung angegeben wurde. Als der Schuldner in den Geltstag gefallen, hatte der Geltstagsabgeordnete die fragliche Forderung in die zweite Klasse eingewiesen. Allein infolge eines gegen diese Einweisung geltend gemachten Einspruchs hob das Bezirksgericht die Kollokation auf und versetzte die Forderung in die sechste Klasse, von der Ansicht ausgehend: Die Forderung sei in der besagten Grundpfandverschreibung einfach als Vorgang verzeichnet worden; dadurch habe sie aber kein Pfandrecht erlangt, sondern es wäre ein daheriges Pfandrecht nur dann entstanden, wenn eine besondere Pfandbestellung stattgefunden hätte. — Die Forderung ging im Geltstage des J. Rodel verloren, und es belangte nun Wittwe Schlatter den Gemeinderath von Fahrwangen um deren Bezahlung mit der Behauptung, daß derselbe deren Verlust verschuldet, indem er, als er unterm 30. Juni 1877 für J. Rodel eine Hypothek ausgefertigt, unterlassen habe, den Anspruch, der betrieben gewesen, in der Weise sicher zu stellen, wie dies durch § 519 des a. b. G. vorgeschrieben sei. Das Bezirksgericht pflichtete dieser Auffassung bei und verurtheilte durch Erkenntniß vom 31. März 1881 den Gemeinderath von Fahrwangen zur Bezahlung des mehrerwähnten Betrages. Dieses Urtheil, gegen welches eine Nichtigkeitsbeschwerde eingereicht worden, hatte das Obergericht aufgehoben, von der Betrachtung geleitet: Zur Sicherstellung der Bürgen Rodel und Schlatter seien mehrere Liegenschaften des Schuldners Schlatter im Werthe von Fr. 24,000 als Pfand verschrieben worden und im Pfandbrief nebst andern Posten auch der betriebene Betrag als vorangehende Vorhaftung aufgeführt. Dadurch, daß der Gemeinderath bei Errichtung der Grundpfandverschreibung d. d. 30 Juni 1877 die Forderung als Verhaftung verzeichnet, sei unzweifelhaft ein Unterpfandsrecht zu Gunsten derselben begründet worden, die Annahme des Bezirksgerichts, daß kein Pfandrecht entstanden und dessen Urtheil vom 5. Febr. 1880, wodurch es die pfandberechtigte Forderung der Wittwe Schlatter in die sechste Klasse verwiesen, ein unrichtiges. Das bezirksgerichtliche Urtheil vom 5. Febr. 1880 sei freilich rechtskräftig geworden, indem der Kläger unterlassen habe, dasselbe anzufechten. Durch diese Unterlassung habe der Kläger den Verlust, den er im Geltstag des J. Rodel erlitten, selbst verschuldet und sei er nun nicht berechtigt, die Fertigungsbehörde um dessen Ersatz zu belangen.

Das Bezirksgericht von Lenzburg, dem die Sache zu neuerlicher Entscheidung zugewiesen worden, hat unterm 18. August 1881, an seinem Urtheil vom 31. März 1881 festhaltend, den Gemeinderath von Fahrwangen abermals als schuldig erklärt, den streitigen Betrag an den Kläger zu entrichten. Der Gemeinderath von Fahrwangen hat abermals eine Nichtigkeitsbeschwerde geführt; auch diese Beschwerde erzeigt sich als gerechtfertigt. Die Gründe, welche das bezirksgerichtliche Urtheil vom 31. März 1881 als nichtig erscheinen ließen, sprechen auch für die Nichtigkeit des bezirksgerichtlichen Urtheils vom 18. August 1881.

**2. Die Nutznießung vom Vermögen minderjähriger Kinder, welche dem Vater zusteht, ist, wenn er fallit wird, nicht zur Geldstagsmasse zu ziehen.**

Hunziker, Kläger, gegen Kinder Fehlmann, Bekl.

Urtheil vom 17. Nov. 1881.

Der Anna, Bertha und Louise Fehlmann, den noch minderjährigen Kindern erster Ehe des S. Fehlmann von Staffelbach, welcher im Jahr 1881 in den Geldstag gefallen, ist laut Erbabfertigung vom Jahr 1866 aus dem Nachlasse ihrer Großeltern mütterlicherseits ein Vermögen von Fr. 41,000 zugefallen. Nach Vorschrift des Gesetzes erhielt Samuel Fehlmann die Nutznießung dieses Vermögens. Als der Geldstag über Fehlmann ausbrach, wurde ihm diese Nutznießung streitig gemacht. Hr. Hunziker von Staffelbach stellte nämlich das Begehren: es sei von dieser Nutznießung eine gewiße Quote der Geldstagsmasse desselben zuzuwenden. Das Bezirksgericht entsprach dem Begehren und verfügte zugleich: Der Geldstagsabgeordnete werde mit der nähern Ermittlung der Größe der Nutznießung und des Bedarfs der Töchter Fehlmann für Erziehung und Unterhalt und mit der Stellung eines bezüglichen Antrages an das Bezirksgericht beauftragt.

Das Obergericht erklärte das Begehren als unbegründet, indem es gefunden: Vor allem vermißt man eine genaue Darstellung, wie der Kläger sich die Liquidation der in Frage stehenden Nutznießung denkt, und es läßt sich auch nicht verkennen, daß dieselbe ihre besondern Schwierigkeiten bietet. Eine einmalige Versteigerung der ganzen Nutznießung oder eines Theils derselben bis auf den Zeitpunkt der Volljährigkeit der Kinder Fehlmann erscheint als unthunlich, da es nicht angeht, den sichern Ertrag vom Kapital-

vermögen gleich illiquiden oder streitigen Aktivposten zu versteigern. Die alljährliche Versteigerung des betreffenden Ertrages wäre zwar denkbar, würde aber eine alljährlich wiederkehrende Verhandlung des Geltstages nöthig machen.

Entscheidend ist nun aber, daß es sich im Falle nicht um eine Nutznießung handelt, deren Ertrag ausschließlich dem Geldstager zufließt. S. Fehlmann hat für die Erziehung und Ausbildung der Eigenthümerinnen des fraglichen Vermögens, seiner minderjährigen Töchter, Sorge zu tragen. Sollte es auch, wie geltend gemacht wird, richtig sein, daß die Kinder bereits zu erwerben im Stande sind, so ist das nicht von erheblichem Belang. Wenn die Töchter Fehlmann gegenwärtig auch erwerbsfähig sind, so ist damit nicht dargethan, daß sie nicht eines Tages hülfsbedürftig werden. Falls sie Unterstützung nöthig haben, so werden sie sich zunächst an den Vater und ihr eigenes Vermögen halten und würde es jedem natürlichen Rechtsgefühl widersprechen, wenn sie als Eigenthümerinnen eines nicht unbeträchtlichen Kapitalvermögens darben müßten.

Die Kinder sind dann auch zur Unterstützung der Eltern verpflichtet; die Möglichkeit dazu ist ihnen genommen, wenn Dritte den Ertrag ihres Vermögens verzehren.

**3. Wohnsitz. Derselbe wird nicht durch die bloße Einlage eines Heimathscheins an einem gewissen Ort begründet, sondern erst durch wirkliche Bewohnung dieses Ortes.**

Leuthold, Kläger, c. Kreienbühl, Bekl.

Urtheil vom 17. Nov. 1881.

Herr Jb. Kreienbühl, gewesener Lehrer an der Bezirksschule in Zurzach, wohnte an letzterem Orte seit Oktober 1878 bei Leuthold-Welti. Der Miethgeber kündete die Wohnung auf den 15. Juli 1881 und Kreienbühl verließ sie am 25. Juli, jedoch, wie es scheint, nicht in dem Zustande, welchen der Vermiether nach Vertrag und Gesetz beanspruchen zu können glaubt.

Nachdem eine rechtliche Aufforderung zur Herstellung der Wohnung und ein friedensrichterlicher Vermittlungsversuch wegen Ausbleibens des Beklagten erfolglos geblieben, gab Leuthold am 15. September abhin beim Gerichtspräsidium Zurzach eine Klage zu Protokoll, worin er vom Beklagten eine Entschädigung wegen

nicht gehöriger Instandstellung der Wohnung verlangte. Bei der mündlichen Verhandlung vom 23. September erschien zwar der Beklagte, verweigerte aber die Einlassung gestützt auf die fristliche Einrede der Nichtzuständigkeit des Gerichts, indem er anbrachte: er wohne nur noch vorübergehend in Zurzach, indem er seit 25. Juli, an welchem Tage er in Oberstraß seine Heimatschriften eingelegt, dort sein rechtliches Domizil habe und darum auch dort zu belangen sei. Der Kläger bestritt die Einrede, indem er auf die nicht streitige Thatsache hinwies, daß Kreienbühl zur Zeit noch in Zurzach wohne und daselbst Unterricht ertheile.

Das Bezirksgericht erklärte die fristliche Einrede für nicht begründet und zwar mit Recht. Der § 59 der Bundesverfassung schreibt vor, daß ein Schuldner mit festem Wohnsitz für persönliche Ansprachen von dem Richter des Wohnorts gesucht werden müsse. Daß im Fragefall der Kläger einen persönlichen Anspruch gegen Kreienbühl verfolgt und daher Letztern zur Zeit der Streitanhebung an seinem Wohnorte belangen mußte, ist unzweifelhaft und kann es sich bloß fragen, ob der Richter von Zurzach, an welchen sich Kläger gewandt, als der zuständige erscheine, d. h. ob der Beklagte zur Zeit der Klaganhebung seinen Wohnsitz noch in Zurzach gehabt habe.

Es existirt nun keine bundesrechtliche Definition des Wortbegriffes „Wohnsitz" und es ist daher das Bezirksgericht berechtigt gewesen, diesfalls das mit den allgemeinen bürgerlichen Rechtsgrundsätzen übereinstimmende aargauische Gesetz zu Rathe zu ziehen. In §§ 33 und 35 des a. b. G. ist nun bestimmt, daß der Wohnsitz eines Bürgers da sei, wo er sich gewöhnlich und ordentlicher Weise aufhalte und daß die Wohnsitzänderung nicht bloß durch die Einlage eines Heimathscheines an einem andern Ort, sondern erst durch die hinzutretende wirkliche Bewohnung dieses andern Ortes bewerkstelligt werde. Damit ist die Rechtsfrage entschieden. Es ist nämlich anerkannte Thatsache, daß Herr Kreienbühl, trotzdem er am 23. August seine Ausweisschriften in Oberstraß deponirte, in Zurzach noch als Lehrer fortgewirkt und dort gewohnt hat. Aus der erstern Thatsache läßt sich daher ein Mehreres nicht ableiten, als daß Kreienbühl zur Zeit der Streitanhebung die Absicht gehabt, seinen Wohnsitz nach Oberstraß zu verlegen; daß er aber bereits feste, wirkliche Wohnung dort genommen, kann mit Grund nicht geltend gemacht werden.

**4. Der Verpfründungsvertrag, der von Aargauern in einem andern Kanton abgeschlossen wird, ist ungültig, wenn die nach aarg. Recht dafür geltenden Vorschriften nicht beobachtet werden.**

Leonz Eichholzer, Kläger, c. H. Eichholzer, Bekl.

Urtheil vom 18. Nov. 1881.

Ludwig Eichholzer in Mezach, Kantons St. Gallen, hat vor Bezirksgericht Bremgarten folgende Klage angebracht: Am 14. Dez. 1872 habe er seinem Sohne Heinrich Eichholzer in Oberlunkhofen gegen eine Obligation Fr. 1000 geliehen und am 22. Febr. 1878 Fr. 2000, wofür wiederum eine Obligation ausgestellt worden sei; ferner habe Kläger dem Beklagten im Jahr 1875 einen Vorschuß von Fr. 300 gemacht, der zu 4 $^1/_2$ % verzinslich sei. Der Beklagte sei mit der Zinseszahlung im Rückstande, deßhalb werde das Begehren gestellt, daß derselbe zur Entrichtung der ausstehenden Zinsen verurtheilt werde.

Die geltend gemachte Zinsesforderung wurde vom Beklagten bestritten; er stellte zwar nicht in Abrede, die in der Klage bezeichneten Schuldverpflichtungen ausgestellt zu haben, dagegen stützte er seine Vertheidigung auf die Behauptung, es sei am 26. März 1879 zwischen ihm und dem Kläger am Rorschacher Berg in der Wirthschaft zur Frohen Aussicht ein Vertrag zu Stande gekommen, nach welchem er, Heinrich Eichholzer, sich verpflichtet habe, seinen Vater Leonz Eichholzer um diese genannten Guthaben in Kapital und Zins lebenslänglich zu erhalten; Vater Eichholzer habe sich damit einverstanden erklärt. Dieser im Kanton St. Gallen abgeschlossene Vertrag sei unzweifelhaft gültig, da nach dortigem Recht, welches in vorliegendem Falle zur Anwendung komme, für einen Verpfründungsvertrag, mit dem nicht eine Handänderung von Liegenschaften verbunden ist, keinerlei Form vorgeschrieben werde. Die eingeklagten Forderungen bestehen daher nicht mehr zu Recht, weil sie durch eine Neuerung aufgehoben worden seien und Kläger könne vom Beklagten nicht mehr Kapital oder Zins, wohl aber Pflege und Unterhalt verlangen.

Bei dieser Aktenlage ergibt sich nun zunächst die Frage, ob dem angeblichen Vertrage, welcher nach der übereinstimmenden Erklärung der Parteien als Verpfründungsvertrag anzusehen ist, eine rechtliche Bedeutung zukomme. Das Bezirksgericht hat diese

Frage bejaht; in der obern Instanz muß sie verneint werden. § 11 des a. b. G. schreibt vor: „Wenn Fremde mit Fremden oder mit Kantonsbürgern oder Kantonsbürger unter sich außer dem Kantone Rechtsgeschäfte vornehmen, so sind sie nach den Gesetzen des Ortes, wo das Geschäft abgeschlossen worden, zu beurtheilen, insofern bei der Abschließung nicht ein anderes Recht zu Grunde gelegt worden ist und den Kantonsbürgern die in § 8 enthaltene Vorschrift nicht entgegensteht.“ Es gilt also als Regel, daß für die Beurtheilung von Rechtsgeschäften die Gesetze des Ortes, an welchem dieselben abgeschlossen werden, maßgebend sind. Eine Ausnahme von dieser Regel enthält der schon citirte § 8 des a. b. G. welcher besagt, daß Kantonsbürger in Handlungen und Geschäften, die sie außer dem Kanton vornehmen, an dessen Gesetze gebunden bleiben, insoweit ihre persönliche Fähigkeit, jene Geschäfte und Handlungen vorzunehmen, dadurch eingeschränkt wird und dieselben zugleich im Kanton rechtliche Folgen hervorbringen sollen.

Nun beschränkt das aarg. Recht diejenigen, welche einen Verpfründungsvertrag abschließen wollen, in ganz bedeutendem Maße; es müssen die in § 967 aufgestellten Requisite erfüllt sein, bevor derselbe eine rechtliche Wirkung ausüben kann. Daß aber der vorwürfige Vertrag im Kanton Aargau rechtliche Folgen haben soll, ist nicht zu beanstanden und unterliegt es daher keinem Zweifel, daß der Vertrag, wie er abgeschlossen worden sein soll, auf Gültigkeit keinen Anspruch machen kann.

Bei Verpfründungsverträgen ist auch noch ein öffentlich rechtliches Moment in Betracht zu ziehen. Wenn das aarg. Recht vorschreibt, daß der Pfrundgeber für die übernommenen Verpflichtungen Sicherheit leisten müsse und daß der Gemeinderath der Ortsbürgergemeinde des Pfrundnehmers über die Hinlänglichkeit der geleisteten Sicherheit zu entscheiden habe, so räumt der Gesetzgeber dem Gemeinderathe diese Mitwirkung deßwegen ein, weil er gewisse Garantieen aufstellen wollte, daß der Pfrundnehmer nicht später der Gemeinde, welche nöthigenfalls zur Leistung von Armenunterstützung verpflichtet ist, zur Last falle. Ueber diese Vorschriften können sich die Kontrahenten nicht dadurch hinwegsetzen, daß sie den Verpfründungsvertrag im Gebiete eines andern Kantons abschließen, so wenig, als sie dadurch den in § 967 des a. b. G. vorgeschriebenen Schuldenruf über den Pfrundnehmer umgehen können. Der Verpfründungsvertrag wurde also als unwirksam erklärt und dem Beklagten der Beweis behaupteter Zahlungen zuerkannt.

**5. Fristliche Einrede der Nichtzuständigkeit des Gerichts. Trotz der in den Statuten der Mobiliarversicherungsgesellschaft enthaltenen Bestimmung, daß Forderungsstreitigkeiten zwischen ihr und einem Mitgliede durch ein Schiedsgericht zu entscheiden seien, sind für Entscheidung derartiger Forderungsstreitigkeiten die ordentlichen Gerichte als kompetent zu erachten.**

Joh. Jos. Stierli, Kläger, c. schweiz. Mobiliarversicherungsgesellschaft, Bekl.

Urtheil vom 2. Dez. 1881.

Am 26. Januar 1881 fand in Aristau ein Brandfall statt, durch welchen die Scheune des Klägers Stierli mit einem großen Theil des darin befindlichen Mobiliars zerstört wurde. Auf Grund eines Versicherungsvertrages vom Jahr 1859, der im Jahr 1871 erneuert worden, und einer vom Bezirksagenten unter Vorbehalt aller Rechte vorgenommenen Abschatzung verlangte der Kläger Vergütung des ihm durch den Brand verursachten Mobiliarschadens und hob gegen die Beklagte, welche die Auszahlung verweigerte, beim Bezirksgericht von Muri eine Civilklage an mit dem Begehren: Es sei die Beklagte zu verurtheilen, ihm den ausgemittelten Schaden im Betrage von Fr. 2559 sammt Zins zu 4 % von der Ausmittlung an zu bezahlen.

Die Beklagte schützte die fristliche Einrede der Nichtkompetenz des Bezirksgerichts Muri vor und schloß dahin: dieses wolle sich als nicht zuständig erklären und die Behandlung der Sache von sich weisen, bezw. die Beklagte von der Einlassung auf die Klage befreien.

Bezüglich dieser Einrede wurde befunden: Die Beklagte beruft sich zur Begründung derselben auf § 42 ihrer Statuten, welcher bestimmt: „Wenn ein Mitglied eine aus dem Gesellschaftsverhältnisse entstandene Forderung an die Gesellschaft stellt, welche von dieser bestritten wird, so soll diese Streitigkeit, falls sie nicht gütliche Beilegung findet, dem Urtheile eines Schiedsgerichts unterworfen werden." In den §§ 87—94 der Gesellschaftsstatuten ist sodann angegeben, wie das Schiedsgericht gebildet und welches Verfahren vor demselben eingeschlagen werden soll.

Die Kläger suchen die Einrede damit zu entkräften, daß sie behaupten, die Beklagte mache ihnen die Eigenschaft als Mitglieder

der Gesellschaft streitig, folglich treffe § 42 der Statuten nicht zu, weil er nur von Streitigkeiten zwischen Mitgliedern und der Gesellschaft spreche und nur solche an ein Schiedsgericht weise; im fernern glauben die Kläger, die Beklagte habe damit, daß ihr Agent vor dem Friedensrichter in Muri erschienen sei, die ordentlichen aargauischen Gerichte als kompetent anerkannt. Die Hauptstütze zur Bestreitung der Einrede entnehmen sie aber dem § 76 des aarg. Brandversicherungsgesetzes, welches vorschreibt, daß nur solche Versicherungsanstalten die Erlaubniß zum Abschluß von Mobiliarversicherungen im Kanton Aargau erhalten sollen, welche sich verpflichten, für alle daherigen Ansprachen vor den aarg. Gerichten Rede zu stehen.

Werden diese prozedürlichen Anbringen gewürdigt, so bedarf es keiner weitern Erörterung, daß die Erscheinung des Agenten der Gesellschaft vor dem Friedensrichter in Muri dieser letztern das Recht nicht benehmen kann, der Klage die Einrede der Nichtzuständigkeit des Gerichts entgegenzuhalten, da der Streit nach § 83 der P. O. erst mit der Zustellung der Klage anhängig wird und der Vermittlungsversuch vor dem Friedensrichter für die Kompetenzbegründung gar keine Bedeutung hat. — Auch der Einwand, daß § 42 der Gesellschaftsstatuten nur von Streitigkeiten zwischen der Gesellschaft und den Mitgliedern derselben spreche und die erstere den Kläger nicht als Mitglied anerkenne, kann nicht als durchschlagend betrachtet werden. Denn der Kläger gründet seinen Anspruch ja gerade darauf, daß er behauptet, zur Zeit des in Rede stehenden Brandes noch Mitglied gewesen zu sein, so daß er also seine Forderung aus dem bestehenden Gesellschaftsverhältniß ableitet.

Dagegen berufen sich die Kläger mit Grund auf § 76 des Brandassekuranzgesetzes, welcher in lemma 3 bestimmt, daß die Versicherungsgesellschaften, die im Kanton Aargau konzessionirt werden wollen, sich verbindlich machen müssen, vor den aarg. Gerichten Recht zu nehmen.

Daß der Gesetzgeber unter den aarg. Gerichten die ordentlichen öffentlichen Gerichte verstanden hat, ist einleuchtend. Denn Schiedsgerichte, wenn deren Mitglieder auch von einem aarg. Beamten ernannt worden und sie ihre Sitzungen im Kanton Aargau haben, sind nicht aarg. Gerichte. Daß die Gesellschaft die Sache selbst so ansieht, ergibt sich aus der Zuschrift, in welcher sie um Betriebskonzession bei der aarg. Regierung eingekommen ist, indem sie sagt, daß sie die angeführte Bestimmung in dem Sinne aufgefaßt und gedeutet zu wissen wünscht, daß darunter das in § 42 der Statuten angerufene Schiedsgericht zu verstehen sei. Die aarg.

Regierung hat zwar darauf erwidert, daß sie ihrerseits gegen die von der Gesellschaft gewünschte Auffassung keine Einwendung erhebe und ertheilte die nachgesuchte Konzession, und damit glaubte die Beklagte die fristliche Einrede begründet und als unanfechtbar hingestellt zu haben. Allein es ist dagegen zu bemerken, daß der Regierungsrath nicht die Befugniß hat, ein Gesetz authentisch zu interpretiren. Oben ist gesagt, daß unter den in § 76 des cit. Gesetzes aufgeführten aarg. Gerichten öffentliche Gerichte und nicht Privatschiedsgerichte verstanden sind. Dies Gesetz hat also den Versicherten das Recht gegeben, die Mobiliarversicherungsgesellschaften vor den ordentlichen aarg. Gerichten zu belangen und es kann der Regierungsrath jene nicht von der Pflicht befreien, sich vor den ordentlichen Gerichten einzulassen.

Die fristliche Einrede wurde demgemäß als unzuläßig verworfen.

**6. Der Ehescheidungsprozeß wird durch den Hinscheid eines der Ehegatten aufgehoben; die Erben des verstorbenen Theiles sind nicht befugt, den Streit fortzusetzen, auch nicht bezüglich der gestellten Entschädigungsforderung.**

Geschwister Seiler c. J. J. Hächler.

Urtheil vom 2. Dez. 1881.

Am 2. März 1881 hat Verena Hächler, geb. Halter von Lenzburg, gegen ihren Ehemann J. J. Hächler eine Scheidungsklage eingereicht und geschlossen:

1. Die Ehe sei gerichtlich zu trennen.
2. Der Beklagte habe der Klägerin das eingekehrte Gut im Betrage von Fr. 6780 herauszugeben.
3. Der Beklagte habe der Klägerin eine Entschädigung von Fr. 6000 zu bezahlen.

Mit der Klage verband die Beklagte die üblichen Präliminarbegehren; ob und wie die erstern erledigt werden, ist aus den Akten nicht ersichtlich; während der Pendenz des letztern aber, den 21. April 1881, verstarb die Klägerin, worauf der Beklagte an das Bezirksgericht die Erklärung abgab, er betrachte den Prozeß

als erledigt und sehe sich zu einer weitern Rechtsvorkehr nicht mehr verpflichtet.

Gegen diese Erklärung erhoben sich die Kinder erster Ehe als Erben und Rechtsnachfolger der verstorbenen Frau Hächler, indem sie deren Zulässigkeit bestritten und das Ansinnen stellten, es sei der Prozeß zwischen ihnen und dem Beklagten Hächler fortzusetzen, worauf sich der letztere veranlaßt fand, das förmliche Begehren an's Recht zu setzen: er sei als nicht pflichtig zu erklären, sich auf die Ehescheidungsklage einzulassen.

Frägt es sich nun, ob dieses Begehren der prozedürlichen Sachlage und dem Gesetz entspreche, so ist dies zu bejahen.

Was zunächst die Hauptsache, nämlich die Frage anbelangt, ob der Streit über die Ehescheidung fortzusetzen resp. vom Beklagten aufzunehmen sei, so widerspräche die Bejahung derselben aller Logik, da ja die Ehe durch den Tod der Ehefrau aufgelöst und somit der Streit gegenstandslos geworden — durch den Tod eines der Ehegatten wird allem ehelichen Hader der Faden abgeschnitten und für immer ein Ziel gesetzt. Das Recht auf Scheidung zu klagen ist ein rein persönliches, abgeleitet aus dem ehelichen Verhältniß; es ist nicht übertragbar und kann nicht von den Erben vermöge ihres Successionsrechtes ausgeübt und weiter verfolgt werden.

Fällt der Ehescheidungsstreit hinsichtlich der Hauptsache dahin, so fallen mit ihm auch alle diejenigen Forderungen, welche nur dadurch begründet worden wären, wenn der Richter die Scheidungsklage als gerechtfertigt erfunden und einen gewissen Grad von Verschuldung des Beklagten als vorhanden angenommen hätte. Die Entschädigungsforderung beruht auf keinem selbstständigen Fundament, sie hätte sich als eine Konsequenz des durchgeführten Ehescheidungsprozesses möglicherweise ergeben können. Durch die Hinfälligkeit des Ehescheidungsstreites ist aber ihre Begründung unmöglich geworden.

Was die Herausgabe des Frauenguts anbetrifft, so waltet darüber kein Streit, indem J. J. Hächler sich anheischig gemacht, dasselbe in vollem Umfang und mit Verzicht auf sein gesetzliches Verwaltungs- und Nutznießungsrecht, den Kindern Seiler herauszugeben und diese haben das Gut zu fordern, nicht aus Grund einer Scheidung, sondern infolge Hinscheides der Mutter als deren Erben.

**7. Die Wechselverpflichtung, von einer nicht wechselfähigen (im Ragionenbuch nicht eingetragenen) Person ausgestellt, ist eine gewöhnliche Privatschuldurkunde und sind dagegen die Einwendungen zulässig, welche gegenüber gewöhnlichen Privatschuldurkunden überhaupt sich als anwendbar erzeigen.**

Kenel, Kläger, c. Lehmann, Bekl.

Urtheil vom 22. Dez. 1881.

Kenel & Co. in Pruntrut brachten klagend an: Unterm 21. Juni 1880 habe Emil Stapfer, Uhrenhändler und Goldschmied in Zürich folgenden Wechsel auf den Beklagten Sl. Lehmann in Zofingen ausgestellt: „Ende September a. c. zahlen Sie gegen „diesen Primawechsel an die Ordre von mir selbst die Summe „von zweihundertfünfzig Franken, den Werth in Waaren und stellen „solchen auf Rechnung laut Bericht ꝛc.“ Der Wechselschuldner habe den Wechsel ausdrücklich acceptirt, indem er auf denselben die Worte gesetzt habe: „accepté Sl. Lehmann.“ Emil Stapfer habe den Wechsel an die Kläger indossirt, diese haben ihn weiter an J. Chappes begeben und von dem letztern sei er an die Bank in Zofingen gelangt. Diese habe am Verfalltage den Wechsel zur Zahlung vorgewiesen; da der Schuldner nicht bezahlt, sondern angebracht, er löse den Wechsel nicht ein, bis er den Gegenwerth, die „Waaren“, erhalten habe, welch' letztere noch nicht eingelangt seien, so sei Protest Mangels Zahlung erhoben worden. Der Wechsel sei dann an die Kläger zurückgelangt und es werde nun das Begehren gestellt: der Beklagte sei richterlich zu verurtheilen, den Klägern den Betrag von Fr. 250 sammt Zins zu 4 % mit 30. September 1880 zu bezahlen.

Vom Beklagten wurde die Forderung bestritten und vorgebracht: Er habe allerdings den Wechsel acceptirt und zwar sei dies zu einer Zeit geschehen, bevor die Waaren, von denen derselbe spreche, geliefert worden; die Lieferung sei auch nicht erfolgt gewesen, als der Wechsel zur Zahlung präsentirt worden und habe dieselbe überhaupt nicht stattgefunden. Beklagter und Emil Stapfer seien schon seit Jahren mit einander im Verkehr gestanden und es sei hie und da vorgekommen, daß Stapfer Wechsel zum Accepte gesandt, bevor die bestellten Waaren geliefert worden seien. Beklagter habe jeweilen ohne Bedenken acceptirt, weil er die Firma Stapfer als eine solche betrachtet, welche ihre Verpflichtung erfülle.

So habe Beklagter auch kein Bedenken getragen, das Accept vom 21. Juni 1880 zu ertheilen, diesmal sei ihm nun aber die Waare nicht zugekommen; schon 9 Tage nach der Acceptation des Wechsels sei Stapfer fallit geworden und die Waarenlieferung nicht mehr möglich gewesen. Da der Beklagte nicht wechselfähig sei, so habe sein Accept lediglich die Bedeutung einer gewöhnlichen Schuldurkunde und er erhebe die Einrede der nicht erhaltenen Valuta. Der Kläger hätte den Nachweis erbringen sollen, daß er die Waare erhalten; es handle sich um eine Cession. Nun habe aber Stapfer nicht mehr Rechte übertragen können, als er selber besessen; es werde Verwerfung des Klagebegehrens beantragt.

Das Bezirksgericht hat angenommen, daß wenn diese Einwendungen des Beklagten dem Aussteller des Wechsels gegenüber erhoben würden, sie als vollkommen berechtigt erklärt werden müßten, daß aber das Gleiche im Interesse des guten Glaubens, der Rechtssicherheit und des öffentlichen Kredits nicht angenommen werden dürfe, nachdem der Wechsel, mit dem Accept des Beklagten versehen, über die Kantonsgrenze hinaus, in Drittmanns Hand gelangt sei. Allein diese Ansicht kann, so anerkennenswerth die darin liegende Tendenz ist, nicht gut geheißen werden. Der Beklagte ist nicht im Ragionenbuch eingetragen, also nicht wechselfähig und konnte er sich nicht wechselrechtlich verpflichten; es muß daher dem Beklagten nach § 163 der P. O. das Recht gegeben sein, gegen die Urkunde, als eine Privatschuldverpflichtung, den Nachweis zu leisten, daß sie in ihrem Inhalte unrichtig sei und deßhalb keine Schuldpflicht des Unterzeichners bestehe, d. h. es ist dem Beklagten Beweis zu gestatten, daß die Waaren, welche in der Wechselurkunde mit den Worten „Werth in Waaren" bezeichnet seien, zur Zeit, als der Wechsel acceptirt wurde, nicht geliefert gewesen und auch in der Folge nicht geliefert worden. Auf dem Beklagten ruht selbstverständlich die Beweislast und ist Beklagter im Ungrunde, wenn er behauptet, daß die Kläger die geschehene Lieferung zu beweisen haben.

Die Kläger erheben Einwendung gegen eine daherige Beweisführung des Beklagten, indem sie sagen, die Zahlungspflicht ergebe sich aus dem von der Anweisung handelnden § 829 des a. b. G., welcher bestimmt, daß, wenn der Dritte die Anweisung anerkannt hat, er die Zahlung nicht verweigern und der Aussteller die Anweisung nicht widerrufen könne. Die Kläger machen also geltend, daß das Indossament eine Anweisung sei. Diese Ansicht ist jedoch

nicht richlig; das Indossament ist als Abtretung anzusehen. Eine Anweisung ist dann vorhanden, wenn ein Schuldner seinen Gläubiger an einen Dritten weist, um sich von diesem bezahlen zu lassen (§ 827 des a. b. G.). Für den Begriff der Anweisung ist also Voraussetzung, daß derjenige, welcher sie vornimmt, Schuldner desjenigen sei, zu dessen Gunsten sie stattfindet. Die Abtretung besteht darin, daß ein Gläubiger sein Forderungsrecht einem Dritten überträgt. Dieser letztere, der Cessionar, braucht nicht Gläubiger des Cedenten zu sein; dagegen ist derjenige, welcher zahlen soll, Schuldner des Abtreters. Es ergibt sich daher, daß beim Indossament der Begriff der Abtretung und nicht derjenige der Anweisung zutrifft.

Uebrigens könnte, wenn man in dem Indossament auch eine Anweisung erblicken wollte, nicht von deren Annahme Seitens des Beklagten gesprochen werden; von der letztern könnte wohl nur dann die Rede sein, wenn der Wechsel dem Beklagten von den Klägern zur Annahme präsentirt worden wäre und der erstere ihn dann mit dem Accept versehen hätte.

## 8. Schadenserfatzforderung, die gegenüber dem Eigenthümer eines Gebäudes, welches infolge mangelhafter Konstruktion einstürzte, ein Arbeiter, der dadurch verletzt worden, geltend machte.

Burkard c. Stähelin.

Urtheil vom 23. Dez. 1881.

Leodegar Burkard hat gegen Stähelin-Hausheer und Sohn folgende Klage anhängig gemacht: Im Spätjahr 1878 haben die Beklagten in Bremgarten ein Fabrikgebäude erstellt, um darin die Seidenweberei zu betreiben. Infolge fehlerhafter Konstruktion und mangelhafter Bauleitung sei das Gebäude am 4. Dez. 1878 zusammengestürzt, wodurch der Kläger beschädigt worden. Der letztere sei bei dem eingestürzten Bau als Erdarbeiter angestellt und im Momente des Zusammensturzes mit Grienschaufeln beschäftigt gewesen. Ein vom Dachstuhl herabstürzendes Langholz habe ihn zu Boden geschlagen und er einen Bruch am rechten Unterschenkel erhalten, dessen Heilung schwierig und langsam gewesen sei. Vom 4. Dez. 1878 bis 21. April 1879 habe er sich in ärztlicher Behandlung befunden und das Bett hüten müssen. Bis zum 7. März 1879 habe er Tag und Nacht einen besondern Abwart nöthig gehabt und sei er vom

Tage der Verletzung bis 10. Juli 1879 total arbeitsunfähig gewesen; seine Arbeitstüchtigkeit habe für immer eine erhebliche Abnahme erlitten. Die Beklagten seien als Bauherrn und Eigenthümer des eingestürzten Gebäudes für den dem Kläger erwachsenen Schaden haftbar. Der Kläger verlangte, hierauf gestützt, den Ersatz der Heilungs- und Verpflegungskosten, sowie wegen verminderter Arbeitsfähigkeit eine Entschädigung von Fr. 3000.

Die Beklagten haben geantwortet: Es sei nicht wahr, daß das Gebäude infolge fehlerhafter Konstruktion und mangelhafter Bauleitung zusammengestürzt. Die Entschädigungsansätze werden sammt und sonders bestritten; der Kläger habe nie viel verdient, keinen soliden Wandel geführt und sei er deßwegen vor drei Jahren vergeldstagt worden. Wie dem aber immer sein möge, die Beklagten seien für den Schaden, den der Kläger erlitten, nicht verantwortlich, indem denselben kein Verschulden zur Last falle. Das in der Untersuchung eingeforderte Gutachten spreche dagegen, daß das Gebäude nicht solid erstellt worden. Die zu frühe Wegnahme der angebrachten Verspannungen habe den Einsturz verursacht, wer diese weggenommen, habe man nicht erstellen können. Die Beklagten haben den Bau nicht in Regie aufgeführt, sondern in Akkord gegeben: nicht sie haben gebaut, sondern der Zimmermeister und der Maurermeister, denen die Ausführung des Baues übertragen worden und die durch die Verträge (in § 9 derselben) jede daherige Verantwortlichkeit übernommen haben. Die Behauptung des Klägers, daß die Beklagten schadensersatzpflichtig seien, habe weder eine rechtliche noch eine faktische Grundlage, weßhalb Verwerfung des klägerschen Forderungsanspruchs beantragt werde.

Bei Prüfung dieser thatsächlichen Verhältnisse entsteht vor allem die Frage, ob die Beklagten überhaupt als schadensersatzpflichtig betrachtet werden können und diese Frage muß in bejahendem Sinne beantwortet werden. Die Beklagten haften schon nach der Bestimmung des § 799 des a. b. G., welcher lautet:

„Wer einen Andern durch sein Verschulden beschädigt, ist zu „dem Ersatze des Schadens verpflichtet, worunter die Herstellung „des frühern Zustandes, oder wenn dieser nicht möglich, die Vergütung des Nachtheils verstanden wird, den der Beschädigte erlitten hat."

Die Akten lassen keinen Zweifel übrig, daß das Gebäude der Beklagten deßhalb eingestürzt, weil die innern Verspannungen zu früh weggenommen worden. Der Zusammensturz des Baues muß daher auf ein Verschulden zurückgeführt werden und kann dessen Grund nicht in einem Zufall erblickt werden. Wäre ein Zufall die Ursache des Ereignisses, wodurch der Kläger verletzt und ge-

schädigt worden, so müßte dann der erlittene Schaden allerdings von ihm selbst getragen werden, § 811 des a. b. G. Wenn die Beklagten anbringen: Sie haben die Zimmermanns- nnd Maurerarbeiten dem Zimmermeister Gut in Taußen und den Brüdern Köchli in Zug übertragen, diese letztern haben die daherigen Arbeiten ausgeführt und auch die erforderlichen Arbeiter angestellt und wenn Maurer- oder Zimmermeister etwas gethan oder unterlassen, wodurch der Einsturz des Gebäudes herbeigeführt worden, haben diese letztern für den enstandenen Schaden einzustehen, so ist dagegen zu erwidern, daß die Beklagten als Bauherrn und Eigenthümer des eingestürzten Gebäudes nach natürlichen Rechtsgrundsätzen für das Verschulden derjenigen, denen sie die Arbeit übertragen, resp. der Arbeiter haftbar und bezüglich der Schädigung des Klägers verantwortlich sind.*) Ist auch in Art. 9 der Verträge, welche die Beklagten mit Zimmermeister Gut und den Maurermeistern Köchli abgeschlossen, die Bestimmung enthalten, daß die Uebernehmer unter persönlicher Verantwortlichkeit für die Sicherheit der Arbeiter sowie des Publikums zu sorgen haben, so kann dadurch das Rechtsverhältniß zwischen den Beklagten und dem Kläger, welcher bei Errichtung jener Verträge nicht mitgewirkt, keine Aenderung erleiden. Halten die Beklagten dafür, daß Zimmermeister und Maurermeister für den erwähnten Schaden belangbar seien, so mögen sie denselben gegenüber gutfindend den Regreß geltend machen.

Dem Verlangen der Beklagten um Verwerfung der Klage wurde daher nicht Folge gegeben, sondern bezüglich der Größe der in Anspruch genommenen Entschädigung eine Expertise angeordnet.

**9. § 592 des a. b. G. Die Zinsen einer grundpfändlich versicherten Forderung laufen auch während der Betreibung und des Geldstages und mit demselben Range, welcher dem Hauptgute zukommt.**

Staat Aargau, Kläger, c. Burger, Bekl.

Urtheil vom 18. Januar 1882.

In dem im Mai 1881 ausgebrochenen Geltstage J. L. Burger von Freienwyl, meldete die Bezirksverwaltung von Baden Namens

*) Dies ist nach gemeinem deutsch. Recht nicht haltbar, vergl. z. B. B. Wyß, Haftung für fremde culpa, p. 70. Dagegen richtig nach § 809 aarg. b. G.-B., vgl. Satz. 973 C., Art. 67 O.-R. 2c. (Red.)

des Staates eine Kapitalforderung von Fr. 2800 nebst Zins pro 1. Januar 1878, 1879, 1880 und 1881, sowie den laufenden Zins vor, gestützt auf eine Grundpfandverschreibung vom 31. Dez. 1872. Der Geltstagsabgeordnete behandelte diese Ansprache in der Weise, daß er das Kapital und die Zinse pro 1. Januar 1879, 1880 und 1881 und den laufenden Zins bis zum Abrechnungstage in die II., den Zins pro 1. Januar 1878 aber in die VI. Klasse locirte. Gegen diese Locirung des Zinses pro 1878 erhob die Bezirksverwaltung Einspruch und begründete denselben wesentlich mit der Anführung, sie habe am 24. Nov. 1880, nachdem die Zinse pro 1878, 1879 und 1880 fällig gewesen, für diese Zinse Betreibung angehoben. Dadurch sei die Zinsenverjährung unterbrochen worden, d. h. die Zinsen von der Betreibung hinweg haben als laufende Zinsen behandelt und denjenigen Zinsen beigeschrieben werden müssen, welchen nach § 561 des a. b. G. Pfandrecht zukommt.

Die beklagte Partei anerkennt, daß laut § 561 des a. b. G. das Pfand nebst der Hauptforderung für die verfallenen Zinse nebst Bruchzins Geltung habe, dagegen bestreitet sie, daß der rechtlichen Betreibung die ihr von der Klagpartei vindicirte Bedeutung zukomme, der zufolge die von der Betreibung hinweg laufenden Zinse als Bruchzins zu behandeln wären; sie hält die Auffassung der Geltstagsabordnung für die richtige, wornach der Richter bei der Klassifizirung der Forderungen ohne Rücksicht auf die Betreibung sich einfach die Frage zu stellen habe, wie viele Zinse bis zum Ausbruch des Geltstages verfallen seien und dann an der Hand des § 561 des a. b. G. die Einreihung der Forderung vorzunehmen habe.

Aus dem Gesagten geht hervor, daß zur Zeit der rechtlichen Betreibung drei, zur Zeit des Ausbruches des Geltstages über J. L. Brunner vier Zinse verfallen waren und es spricht nun bei der Lösung der Streitfrage, ob dem Zins pro 1878 Pfandrecht zukomme, vorab der Wortlaut des § 592 des a. b. G. für die Auffassung der Klagpartei. Ist nämlich dort die Bestimmung enthalten, daß die Zinsen einer grundpfändlich versicherten Forderung auch während der Betreibung und des Geldstages laufen und mit demselben Range, welcher dem Hauptgute zukommt, so ist der Sinn derselben, wenn sie mit § 561 des a. b. G. in Verbindung gebracht wird, welcher vorschreibt, daß das Pfand für drei verfallene Zinsen nebst Bruchzins hafte, offenbar der, daß drei Zinse und der Bruchzins vor der Betreibung, sowie der von der Eröffnung der Betreibung

an laufende Zins als pfandberechtigt zu betrachten seien.

Deßhalb wurde, entgegen der Auffassung des Bezirksgerichts, entschieden, daß auch dem Zins pro 1878 der Rang einer pfandberechtigten Forderung zukomme.

**10. Nachlaßvertrag. Wenn an der Stelle des Gläubigers Mitverpflichtete dem Nachlaßvertrag beitreten (§ 144 der G.-O.), so hat der erstere trotz dieses Beitritts das Recht, gegen das Accommodement insofern Einspruch zu erheben, als ihm nicht 66 2/3 % seiner Forderung zugesichert werden.**

Hypothekarkasse Lenzburg, Kläg., c. Leu, Bekl.

Urtheil vom 21. Febr. 1882.

Die Klägerin eröffnete im Jahr 1876 der Firma K. & Cie. gegen Bürgschaft und Mitschuldnerschaft des Jakob Leu in Liebegg und J. Mauch in Teufenthal einen laufenden Kredit von Fr. 6000. Im Herbst 1878 fiel der Bürge und Mitschuldner Jakob Leu in den Geldstag, und es meldete die Klägerin ihre Forderung im Betrage von Fr. 6730. 80 an und wurde damit in die VI. Klasse gewiesen. In der Folge versuchte der Geldstager ein Accommodement zu 40 %, welchem die Klägerin nicht beitrat, wohl aber erklärten an ihrer Stelle den Beitritt die Hauptschuldner K. & Cie. und der andere Bürge und Mitschuldner J. Mauch. Gegen diejenigen Gläubiger, welche dem Accommodement zu 40 % nicht beitraten, wurde beim Bezirksgericht von Aarau im Januar 1879 ein Zwangsnachlaßgesuch gestellt und mit diesem Gesuch ein Massaübernahmsbegehren verbunden von

1. Frau Anna Leu, von Liebegg,
2. Joh. Neuenschwander, daselbst, und
3. Kaspar Friker von Altenburg, zu Unterkulm.

Diese Begehren wurden publizirt, und nach Ablauf der Einspruchsfrist und Beseitigung einiger Einsprüche beschloß das Bezirksgericht von Aarau am 26. April 1879:

I. Die dem Nachlaßvertrage nicht beigetretenen Gläubiger sind verhalten, sich mit 66 2/3 % zu begnügen;
II. Die Geldstagsmasse des Jakob Leu zu Liebegg wird in Soll und Haben unter Bürgschaft nachstehender Personen (hier sind die Bürgen namentlich aufgeführt) den Massaübernahmsbewerbern zugesprochen;

III. Ueber den Geldstager Leu wird die Rehabilitation ausgesprochen.

Nachdem in der Folge die Forderung der Klägerin gegenüber der Hauptschuldnerin auf Fr. 6546. 95 gesunken, letztere aber ebenfalls in Konkurs gerathen war, ist die Klägerin gegen den Mitbürgen J. Mauch und gegen die Uebernehmer der Masse des Jakob Leu, welche alle gegen die bezügliche Betreibung um obige Summe Recht dargeschlagen hatten, klagend aufgetreten und hat das Begehren gestellt:

Es seien Beklagte — und zwar die Massaübernehmer des J. Leu zu $^2/_3$ — pflichtig, in solidarischer Verbindung der Klägerin zu bezahlen Fr. 6546. 95 sammt Zins à 5 % seit 30. Juni 1879 und $^1/_2$ % Provision für das Halbjahr.

Eventuell seien Beklagte — und zwar die Massaübernehmer des J. Leu zu 40 % — pflichtig, in solidarischer Verbindung der Klägerin obige Summe nebst Zins à 5 % seit 30. Juni 1879 und $^1/_2$ % Provision für das Halbjahr zu bezahlen.

Der Mitbeklagte J. Mauch erstattete keine Antwort und wurde kontumazirt. Die übrigen drei Beklagten, Frau Leu, Joh. Neuenschwander und Kasp. Friker, welche als Uebernehmer der Masse des Mitbürgen Jakob Leu in's Recht gefaßt worden, haben den eventuellen Schluß auf Bezahlung von 40 % der eingeklagten Forderung anerkannt, das in erster Linie gestellte Klagbegehren auf Bezahlung von $^2/_3$ der genannten Forderung aber bestritten und dessen Abweisung verlangt, indem sie behauptet und nachzuweisen versucht haben, daß für die Klägerin das Accommodement des J. Leu zu 40 % verbindlich sei, da an ihrem Platze der mitverpflichtete J. Mauch demselben beigetreten (§ 144 der G.-O.).

Das Bezirksgericht erkannte: Frau Anna Leu, Joh. Neuenschwander und Kasp. Friker seien schuldig, in solidarischer Haft der Klägerin zu bezahlen 66 $^2/_3$ % von Fr. 6546. 95 sammt Zins à 5 % seit 30. Juni 1879 und $^1/_2$ % Provision für das Halbjahr und sie seien auch schuldig, die Kosten des Streites der Gegenpartei zu ersetzen.

Nachdem gegen dieses Urtheil die Beklagten die Appellation angemeldet, mit dem Begehren: Es sei ihnen höchstrichterlich der Antwortschluß zuzusprechen, wurde befunden:

Die Beklagten anerkennen, daß die Klägerin berechtigt sei, von ihnen 40 % der Forderung zu verlangen, welche die Firma K. & Cie. infolge Krediterteilung ihr schuldig geworden ist und für welche sich J. Leu, dessen Masse sie übernommen, als Bürge verpflichtet hatte; dagegen bestreiten sie, die Differenz von 40 % bis zu 66 $^2/_3$ % (26 $^2/_3$ %) schuldig zu sein, weil die Klägerin

nicht zu den dem Nachlaßvertrage nicht beigetretenen Gläubigern gezählt werden dürfe, welchen nach der Schlußnahme des Bezirksgerichts vom 26. April 1879 66 $^2/_3$ % auszurichten sind, sondern — so behaupten die Beklagten — die Klägerin müsse als dem zu 40 % abgeschlossenen Accommodement beigetreten angesehen werden, weil sie sich dem Beitritt des Mitverpflichteten J. Mauch, der sie gemäß § 144 der G.-O. hiebei vertreten, nicht widersetzt, resp. für den demselben auffallenden Betrag nicht Sicherheit verlangt habe. Der Entscheid hängt also wesentlich von der Frage ab, ob die Klägerin dem Accommodement, auf Grundlage dessen die Beklagten die Masse des Jakob Leu in Soll und Haben übernommen, beigetreten ist oder ob für sie nur ein Zwangsaccommodement vorliegt und sie daher berechtigt ist, von den Uebernehmern der Leu'schen Masse nach § 141 der G.-O. in Verbindung mit der Novelle vom 30. Nov. 1861, § 1, zwei Dritttheile ihrer Forderung zu verlangen.

Aus den Akten ergibt sich, daß die Klägerin die Beitrittserklärung zu dem vorgeschlagenen Nachlaßvertrag von 40 % nicht unterzeichnet hat, dagegen liegt eine Erklärung der Mitverpflichteten, nämlich der Hauptschuldnerin K. selbst und des Bürgen und Mitschuldners J. Mauch vor, daß sie für die von der Klägerin im Geldstag des Leu angemeldete Forderung dem Accommodementsvorschlag im Sinne des § 144 der G.-O. beitreten.

Wenn es sich nun frägt, ob der Beitritt eines Mitverpflichteten zu einem Nachlaßvertrag für den Gläubiger in der Weise verbindlich sei, daß dieser unter allen Umständen mit dem accommodementsweise angebotenen Betrage sich begnügen müsse, so ist dies entschieden zu verneinen, und es kann der Vorschrift des § 144 der G.-O. unmöglich eine so weit gehende Bedeutung beigelegt werden, wenn die Rechte der Gläubiger nicht in empfindlicher Weise geschädigt werden sollen. Es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber den Gläubiger der Willkür der Mitverpflichteten habe preisgeben wollen, welchen es oft im Bewußtsein ihrer eigenen Insolvenz gleichgültig ist, ob bei einem Accommodement viel oder wenig geboten wird, weil ja sonst Forderungen, für welche keine Mitverpflichteten verhaftet sind, besser und vortheilhafter gestellt wären als solche, für welche durch Bürgen und Mitschuldner Sicherheit geleistet werden soll. Es muß daher im Interesse des Rechts der Satz aufrecht erhalten werden, daß durch den Beitritt eines Mitverpflichteten zu einem unter 66 $^2/_3$ % abgeschlossenen Accommodement dem Gläubiger nicht unbedingt die Hände gebunden sind, sondern daß er trotz dieses Beitritts gegen den Nachlaßvertrag protestiren kann und bei seiner Protestation geschützt werden muß,

wenn ihm nicht wenigstens 66 $^2/_3$ % der collocirten Forderung bezahlt oder sicher gestellt werden.

Die Klägerin hat gegen das ausgeschriebene Rehabilitationsbegehren des Jakob Leu für so lange Einspruch erhoben, bis ihr die gesetzlichen $^2/_3$ an ihre Forderung bezahlt resp. ihr versprochen seien. Es ist daher, nachdem das Bezirksgericht Aarau am 16. April 1879 den Nachlaßvertrag als zu Stande gekommen erklärt und die demselben nicht beigetretenen Gläubiger verhalten, sich mit 66 $^2/_3$ % zu begnügen, anzunehmen, daß diese letztere Bestimmung sich auch auf die Klägerin beziehe. Wenn aber auf der einen Seite für sie darin die Beschränkung liegt, sich mit $^2/_3$ begnügen zu müssen, so ist damit auf der andern Seite auch ausgesprochen, daß sie das Recht habe, diese $^2/_3$ von den Massaübernehmern zu beziehen und wurde demnach das oben citirte bezirksgerichtlich Urtheil, als der Sachlage entsprechend, in Abweisung der Appellation bestätigt.

## 11. Schadenersatz im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes über die Arbeit in Fabriken, vom 23. März 1877.

Wittwe Müller, Klägerin, c. Rheinsalinen, Beklagte.

Urtheil vom 22. Febr. 1882.

Am 17. Januar 1879 Abends, einige Minuten vor 6 Uhr, fiel Gustav Müller von Möhlin, geb. 1839, welcher als Salinenarbeiter in der im Eigenthum der Beklagten stehenden und von ihr betriebenen Saline Rheinfelden angestellt war, in eine mit heißer Soole gefüllte Siedpfanne und erlitt dabei schwere Verletzungen, welche am 12. Februar gl. Jahres seinen Tod herbeiführten. Eine über den Vorfall geführte amtliche Untersuchung stellte heraus, daß Müller zum Anziehen der Strümpfe und Stiefel sich auf eines der Bretter, womit die Siedpfanne gedeckt war, gesetzt hatte, daß dasselbe, weil wahrscheinlich nicht in der richtigen Lage, in die Soole fiel und er nachstürzte und so die Brandwunden erhielt, welche seinen Tod zur Folge hatten. Nach Einholung eines Gutachtens von zwei Sachverständigen, dessen Schluß dahin ging, daß Gustav Müller den Unfall selbst verschuldet habe, verfügte die Staatsanwaltschaft Einstellung der Untersuchung, stellte es aber den gesetzlichen Vertretern des Verunglückten frei, eine allfällige Entschädigung gegen die Salinengesellschaft auf dem Civilrechtsweg geltend zu machen. Diesen Weg einschlagend erhoben die Ehefrau des Gustav Müller und

seine beiden Kinder, Luise, geb. 1875, und Emil, geb. 1877, gegen die Beklagte eine Civilklage, suchen darin nachzuweisen, daß jene nach Art. 5 des Bundesgesetzes betreffend die Arbeit in den Fabriken vom 23. März 1877 für die Verletzung und den Tod ihres Ernährers hafte und stellen das Begehren: Die Beklagte sei zur Ausrichtung einer Entschädigung im Betrage von Fr. 3000, mit Zins à 4 % seit dem 12. Februar 1879 an den Kläger zu verurtheilen.

Die Beklagte bestreitet jede Entschädigungspflicht; sie stützt ihre Vertheidigung wesentlich auf das Gutachten, welches die vom Bezirksamt Rheinfelden aufgestellten Sachverständigen auf Grundlage der gewalteten Untersuchung und der von ihnen vorgenommenen Besichtigung der bezüglichen Lokalitäten und Einrichtungen in der Saline Rheinfelden abgegeben haben und welches in seinem Schlusse dahin geht, der Unfall, der am 17. Januar 1879 den Gustav Müller betroffen, sei durch sein eigenes Verschulden resp. Unvorsichtigkeit herbeigeführt worden; auch beruft die Beklagte sich darauf, daß die Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau die Ansicht der Experten zu der ihrigen gemacht und die Untersuchung eingestellt habe, weil Müller den Unfall selbst verschuldet habe, indem er sich ohne Veranlassung nnd gegen alle Vorsicht auf die mit heißer Soole gefüllte Siedpfanne gesetzt habe. Mit Grund wenden aber die Kläger ein, daß die Schlußfolgerungen, welche die Experten und die Staatsanwaltschaft aus der gepflogenen Untersuchung in Bezug auf Verschuldung der Beklagten oder des Gustav Müller gezogen, für den Civilrichter nicht maßgebend seien, sondern daß der Letztere die durch die Untersuchung und durch die Civilprozedur zu Tage geförderten thatsächlichen Verhältnisse selbstständig zu prüfen und zu entscheiden habe, ob nach den einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen die Beklagte eine Verantwortlichkeit treffe oder nicht. Denn in Art. 5 des Bundesgesetzes über die Arbeit in Fabriken, welches hier unstreitig zur Anwendung kommt, da die Rheinsalinen zugestandener Maßen diesem Gesetz unterstellt sind, ist im letzten Absatz ausdrücklich vorgeschrieben, daß der kompetente Richter, bis nach Erlaß eines Bundesgesetzes über die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb, über die Schadensersatzfrage, unter Würdigung aller Verhältnisse nach freiem Ermessen zu urtheilen habe. Der Civilrichter ist daher an das mehrfach citirte Gutachten der vom Bezirksamt Rheinfelden aufgestellten Experten nicht gebunden; ja, wenn die Expertise vom Richter selbst angeordnet worden wäre, könnte und dürfte das Befinden derselben für ihn nicht bindend sein, weil das Bundesgesetz ihn in einem solchen Falle ausdrücklich auf das freie

Ermessen hinweist und daher die strenge Beweistheorie des aarg. Prozesses ausgeschlossen ist.

Muß daher auf die materielle Würdigung des gesammten Prozeßmaterials eingetreten werden, so schreibt Art. 5 des citirten Bundesgesetzes vor:

In der Zwischenzeit, d. h. bis zum Erlaß eines Gesetzes über die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb, gelten für den urtheilenden Richter nachfolgende Grundsätze:

a. Der Fabrikant haftet für den entstandenen Schaden, wenn ein Mandatar, Repräsentant, Leiter oder Aufseher der Fabrik durch ein Verschulden in Ausübung der Dienstvorrichtung Verletzung oder Tod eines Angestellten oder Arbeiters herbeiführt.

b. Der Fabrikant haftet gleichfalls, wenn, auch ohne ein solches spezielles Verschulden, durch den Betrieb der Fabrik Körperverletzung oder Tod eines Arbeiters oder Angestellten herbeigeführt wird, sofern er nicht beweist, daß der Unfall durch höhere Gewalt oder eigenes Verschulden des Verletzten oder Getödteten erfolgt ist. Fällt dem Verletzten oder Getödteten eine Mitschuld zur Last, so wird dadurch die Ersatzpflicht des Fabrikanten angemessen reduzirt.

Durch die amtliche Untersuchung hat nicht konstatirt werden können, daß ein Mandatar, Repräsentant, Leiter oder Aufseher durch ein spezielles Verschulden die Verletzung oder den Tod des Gustav Müller herbeigeführt habe; auch die Klage hat einen solchen Beweis weder erbracht noch beantragt und sie kann sich daher nicht auf litt. a obiger Gesetzesvorschrift stützen. Dagegen trifft unzweifelhaft litt. b zu, welche von der Voraussetzung ausgeht, daß der Fabrikant auch ohne spezielles Verschulden hafte und von der Haftung für eine durch den Betrieb der Fabrik herbeigeführte Verletzung oder Tödtung nur dann befreit werde, wenn er beweist, daß der Unfall durch höhere Gewalt oder eigenes Verschulden des Verletzten erfolgt ist. Kann ein theilweises Verschulden des Verletzten bewiesen werden, so ist der Schaden angemessen zu theilen.

Bei Prüfung des Herganges bei dem Unfall, wie sich derselbe aus den Aussagen des Getödteten und der übrigen Einvernommenen und aus der Beschaffenheit der Siedpfanne und der ganzen übrigen Einrichtung ergibt, läßt sich mit voller Sicherheit nicht feststellen, ob das Brett, auf welches Müller sich gesetzt, sich nicht in der richtigen Lage befand oder ob er es beim Anziehen der Stiefel durch Anstemmen mit dem hintern Theil seines Körpers zurückstieß und aus seiner richtigen Lage brachte, so daß es unten auf dem Pfannenrand keinen Stützpunkt mehr hatte und

mit dem darauf Sitzenden in die Soole fiel. Aber mag man dieses oder jenes annehmen, so ist nicht zu verkennen, daß Gustav Müller nicht mit der nothwendigen Vorsicht gehandelt und daher selbst auch einige Schuld an dem Unglück trägt. Denn hätte er sich nicht auf das verhängnißvolle Brett gesetzt, sondern sich zum Wiederankleiden in das dazu bestimmte Gemach begeben oder hätte er mit seinem Licht die Lage des Brettes mit aller Vorsicht untersucht, so würde der Unfall kaum eingetreten sein. Allein die Beklagte geht zu weit, wenn sie behauptet, das Unglück sei einzig und allein auf das Verschulden des Getödteten zurückzuführen und er, resp. seine Rechtsnachfolger, haben allen Schaden allein zu tragen; denn bei näherer Prüfung der Sache ergibt sich, daß die Handlungsweise des Gustav Müller in der ganzen Einrichtung und in der Art und Weise, wie das Geschäft bis zur Zeit des Unfalls betrieben wurde, einige Entschuldigung findet und die Ursache des letztern daher zu einem großen Theile in der Fabrikeinrichtung selbst und im Betrieb gesucht werden muß.

Aus dem von der Beklagten selbst zu den Akten gebrachten Bericht des Fabrikinspektors Klein von Basel pro 1879 ergibt sich nämlich (fol. 60 desselben), daß, so lange der untere Rand der Siedpfannen nur 40 bis 45 Centimeter über den Fußboden erhaben ist und den Arbeitern die Möglichkeit und Gelegenheit zum Sitzen bietet, für jene immer eine große Gefahr vorhanden ist. Nach Ansicht des genannten Inspektors läßt sich zwar wegen anderer Unzukömmlichkeiten der Pfannenrand nicht leicht erhöhen und die Frage, auf welche Weise hier die dem Arbeiter drohende Gefahr zu beseitigen sei, erscheint ihm daher immer noch als eine ungelöste. Diese von kompetenter Seite kommende Aeußerung beweist aber geradezu, daß die Einrichtung selbst, wie sie in der Saline Rheinfelden besteht, eine für die Arbeiter gefährliche ist und daß nur bei sehr großer Sorgfalt derartige Unglücksfälle wie der vorliegende, vermieden werden können und auf der andern Seite ein geringes Verschulden solche herbeiführen muß. Unter solchen Umständen wäre es angezeigt gewesen, den Arbeitern und namentlich den Siedern zu untersagen, sich auf den Pfannenrand oder die Bretter, womit die Pfannen gedeckt sind, zu setzen. Ein solches Verbot bestand aber nicht nur nicht, sondern es wurde, wie mit Sicherheit aus den Aussagen der in der amtlichen Untersuchung einvernommenen Zeugen und darunter des Hrn. Salinenverwalters selbst hervorgeht, sogar stillschweigend geduldet, daß die Sieder sich mitunter an den gefährlichen Ort setzten. Obgleich ihnen nämlich — da sie wegen der großen Hitze nur mit Hosen bekleidet, ihrer Arbeit nachgehen — zum Umkleiden ein eigenes

Zimmer zur Verfügung stand, entkleideten sie sich, größerer Bequemlichkeit wegen, regelmäßig in dem Gang, welcher hinter der Pfanne durchführt und hingen da die Kleider an einen Nagel, um sie nach beendigter Arbeit am gleichen Ort wieder anzuziehen. Da in diesem Gang, überhaupt in der nächsten Umgebung zugestandenermaßen keine Bank sich befindet, so ist es begreiflich und natürlich, daß zum Anziehen der Fußbekleidung, namentlich der Stiefel, die nächste Sitzgelegenheit, d. h. der Pfannenrand benutzt wird, und wenn Gustav Müller das Gleiche gethan hat, was die andern Arbeiter in der Regel bis dorthin auch thaten und was die Salinenverwaltung stillschweigend zugelassen hat, so kann das daraus entstandene Unglück nicht einzig und allein seiner eigenen Unvorsichtigkeit zugeschrieben werden, sondern die größere Schuld liegt in der ganzen, nach dem Urtheil des Fabrikinspektors gefährlichen Einrichtung und in dem Umstande, daß das Umkleiden in den Gängen, ohne gehörige Vorrichtungen dazu, geduldet und dadurch bei den Arbeitern eine Gewohnheit aufgekommen ist, welche bei der geringsten Unvorsichtigkeit ein Unglück herbeiführen mußte.

Nach Lage der Akten ist daher nicht erwiesen, daß der Unfall, der den Gustav Müller betroffen, einzig und allein seinem Verschulden beizumessen, ist und es könnte dieses auch nicht angenommen werden, wenn die von der Beklagten antwortlich angetragenen Beweise gelingen würden; wohl aber muß als erstellt angesehen werden, daß der Verletzte und Getödtete nicht ganz ohne Schuld ist und es kommt daher, Art. 5 litt. b Schlußsatz des angef. Bundesgesetzes zur Anwendung, wonach die Beklagte nicht den ganzen entstandenen Schaden zu ersetzen hat. Allein, nach den Erwerbs- und Vermögensverhältnissen des Getödteten und seiner Hinterlassenen, nach deren Alter und nach der gesetzlichen Verpflichtung, welche jenem rücksichtlich des Unterhalts seiner Frau und Kinder oblag, ist die geforderte Summe von Fr. 3000 eine so mäßige, daß sie nur als eine theilweise Vergütung des durch den Unfall entstandenen Schadens angesehen werden muß und daher den Klägern zuzusprechen ist, obwohl eine Mitschuld auf Seite ihres Rechtsvorgängers angenommen wird.

Im Sinne dieser Erwägung wurde dem Klagbegehren Folge gegeben.

# Uebersicht der Rechtsprechung des Solothurner Obergerichtes im Jahre 1881. (Monate November und Dezember. Schluß.)

Von Oberrichter Dr. Affolter.

## 18. Auslegung eines Bürgschaftsvertrages.

Urtheil vom 9. Nov. 1881.

B.-J. & Co., Fabrik für Beleuchtungsgegenstände in Neuheim, standen mit G., Kaufmann in Olten, in Geschäftsverkehr, brachen denselben jedoch im Jahre 1878 ab. Den 2. und 10. August 1878 schrieb ihnen G., es werde ihm bei B., Banquier in Solothurn, ein Kredit eröffnet, der ihn in die Lage setze, seinen Verbindlichkeiten prompt nachzukommen. Unterm 1. September 1878 zeigte B. den B.-J. & Co. wirklich an, „daß er gerne bereit sei, für die Waarenbezüge des G. in Olten bis zum Betrage von Fr. 2000 Bürgschaft zu übernehmen, jedoch mit der Bedingung, daß sie die jeweiligen Fakturabeträge mit Vergütung von 3% auf ihn (B.) entnehmen." B.-J. & Co. nahmen dieses Anerbieten mit Zuschrift vom 4. Sept. 1878 an und sandten dem G. in Olten den 6., 11. und 14. Sept. gl. J. Beleuchtungsfabrikate, abzüglich von 3% Provision für B. per 1199. 25 Mark = Fr. 1499. Der für diesen Betrag gezogene Wechsel wurde jedoch von B. nicht bezahlt, ebenso nicht eine Tratte per 314. 75 Mark oder Fr. 393. 44 für im Oktober 1878 gelieferte Waare.

Im März 1879 fiel G. in Olten in Geldstag. Unter den eingegebenen Forderungen befanden sich die Fakturen per Fr. 1499 und Fr. 393. 44 nicht.

B.-J. & Co. klagten gegen B. in Solothurn auf dem Wege des Civilprozesses obige Beträge ein.

Verantworter B. erhob eine Einrede, dahingehend, es hätten die Kläger durch Nichteingabe ihrer Forderungen im Geldstage des G. nach § 1363 des C.-G.-B. die Rechte des Bürgen verkürzt und müßten deßhalb den Schaden selbst tragen.*)

*) Nach feststehender Praxis des Obergerichts wird der Bürge durch das Unterlassen der Eingabe seitens der Gläubiger liberirt.

Das Obergericht sprach jedoch das Klagbegehren zu unter Aufstellung folgender Motive:

„Es ist hierorts die Frage zu beurtheilen, welche Verpflichtungen Verantworter den Klägern gegenüber durch Akt (Brief) vom 1. September 1878 übernommen habe. — Dieser Akt enthält nicht eine Bürgschaftsverpflichtung im gewöhnlichen Sinne, da B. den Prozeßgegnern anzeigte, daß er bereit sei, für die Waarenbezüge des G. in Olten bis zum Betrage von Fr. 2000 Bürgschaft zu leisten, jedoch mit der Bedingung, daß sie die jeweiligen Fakturabeträge mit Vergütung von 3 % auf ihn entnehmen. Diese letztere Bedingung verleiht dem Verpflichtungsakt den Charakter eines Del credere-Vertrages, durch welchen sich Verantworter verbindlich gemacht hat, dem Verkäufer gegen Vergütung des stipulirten Del credere-Satzes — Provision — für die wirkliche Zahlung des von G. verschuldeten Waarenkaufpreises zu haften, also bei Verfall als Selbstschuldner einzustehen.

„Mit Recht haben daher Kläger die in Folge des alleg. Vertrages entstandenen Schulden gar nicht eingegeben, weil sie für die bezügl. Waarensendungen an Verantworter sich zu halten berechtigt waren. Laut dem Gesagten ist daher die Frage, ob die Kläger durch Unterlassung der Eingabe der eingeklagten Beträge in den Geldstag des G. in Olten den Verantworter geschädigt haben, und ob dieser deßhalb nach § 1363 C.-G.-B. von der Haftpflicht liberirt sei, eine müßige."

Anmerkung. Man kann gegen das Resultat des Obergerichtsspruches nichts einwenden, wohl aber gegen die Motivirung. Es ist ziemlich gewagt, den zwischen B. und B.-J. & Co. abgeschlossenen Vertrag als ein Del credere-Geschäft aufzufassen und nach gemeinem Handelsrecht zu beurtheilen.

Es kann wohl kein Zweifel darüber herrschen, daß das fragliche Geschäft nach solothurnischem Rechte geprüft werden muß, welches Recht eine derartige kaufmännische Intercession nicht kennt. Das gleiche Resultat hätte auf einfachere Weise herbeigeführt werden können: Der Umstand, daß B. selbst sich ausbedungen, die Beträge zu zahlen (um dann mit dem Schuldner abzurechnen), erscheint vollständig genügend, um als replicatio die Einrede wegen Nichteingabe der Schuld zu elidiren.

**19. Die Eideszuschiebung ist unzulässig über solche Thatsachen, die den Charakter eines Deliktes enthalten, abgesehen davon, ob im konkreten Falle eine Strafe für den Delaten anwendbar wäre oder nicht. § 264, Ziff. 2 C.-P.-O.**

Urtheil vom 9. November.

**20. Condictio indebiti. Beurtheilung der Einrede der Verjährung nach bernischem Recht.**

Urtheil vom 2. Dezember.

Unterm 28. März 1877 stellte H.-V., gewesener Uhrenfabrikant in Biel, zu Gunsten der H.-Kasse in Solothurn für ein Hypothekardarleihen von Fr. 12,000 eine Pfandobligation aus, mit der Verpflichtung, dieselbe à 5 % jährlich zu verzinsen. Von Bezahlung einer Provision stand in besagter Obligation nichts. Unterm 27. Januar 1879 zahlte H.-V. auf Rechnung des Kapitals Fr. 500. Bald darauf brach über den Schuldner der Geldstag aus. Die H.-Kasse reichte ihre Kapitalforderung ganz ein, ohne Abrechnung der bezahlten Fr. 500 und berechnete außer dem Zins noch Fr. 360 für Provision. Ihre Forderung belief sich auf Fr. 1376. 50, wofür sie vollständig gelangte. Sie erhielt also zu viel Fr. 500 und Fr. 360 = Fr. 860. Unterm 12. April 1880 wurde der Geldstag des H.-V. aufgehoben. Seine Rückforderung per Fr. 860 trat er am 24. September 1880 an S.-H. in Bern ab, welcher auf dem Wege des Civilprozesses vorging.

Die Verantworterin H.-Kasse in Solothurn machte der Klage gegenüber die Einrede der Verjährung geltend und stützte sich dabei auf Satzung 442 des bernischen Vollziehungsverfahrens in Schuldsachen, wonach die Frist zur Geltendmachung der Rückforderung auf 6 Monate (vom Zeitpunkt der Zahlung an gerechnet) fixirt sei. Cedent H.-V. habe gegen die im Jahre 1879 geschehene Betreibung weder Einsprache erhoben, noch innerhalb des Zeitraumes vom 17. März (Datum des Geldstages) bis zum 17. November litem kontestirt.

Das Obergericht wies die Einrede ab, da für die Frage der Verjährung die §§ 1013, 1036 und 1037 des bern. C.-G.-B.

zutreffend seien, wonach die Frist zur Geltendmachung der Rückforderungsklage 10 Jahre betrage.

Anmerkung. Vorliegende Verjährungsfrage hätte m. E. nicht nach bernischem, sondern nach soloth. Civilrechte beurtheilt werden sollen. In Solothurn sind die Fr. 860 indebite in das Vermögen der Verantworterin gelangt und es muß deßhalb die Klage auf Erstattung des Indebitums nach den Grundsätzen des soloth. C.-G. beurtheilt werden. Gemäß §§ 1469 und 1684 desselben beträgt die Verjährungsfrist ebenfalls 10 Jahre.

## 21. Die Weibelgebühren für Vorladung der dritten Partei sind vom Appellanten zu bezahlen.

Entscheid vom 14. Dezember.

## 22. Stellung des Handelsreisenden zum Prinzipal.

Urtheil vom 15. Dezember.

L., Weinhandlung in Basel, behauptet in seiner Klage, daß Verantworter S. in Oensingen Mitte April 1881 bei ihrem Reisenden R. 1800 Liter Wein bestellt habe. Als Zeuge für die Bestellung gibt Kläger den Reisenden R. an.

Verantworter stellt diesen Zeugen aus, weil derselbe die in der Klage behauptete Weinbestellung (die vom Verantworter bestritten wird) als Bevollmächtigter des Klägers entgegengenommen habe und ferner zu diesem in Abhängigkeits- oder Pflichtverhältnissen stehe.

Das Obergericht entschied: „Als Bevollmächtigter im Sinne von § 248 Ziff. 1 rückweisend auf § 31 Ziff. 4 der C.-P.-O. kann ein Reisender nicht angesehen werden, indem ein solcher nur als Bevollmächtigter zur Entgegennahme und Uebermittlung von Bestellungen anzusehen ist, während die angestrittene Handlung selbst, bez. die Weinlieferung direkt vom betreffenden Handlungshaus und nicht durch einen Bevollmächtigten erfolgt ist. Auch ein Pflicht- oder Abhängigkeitsverhältniß kann bei einem Handlungsreisenden gegenüber seinem Prinzipal nicht angenommen werden, wenn er von demselben fix besoldet ist und eigene Haushaltung führt, wie bez. des R. zu beweisen angetragen wird.“

**23. Notariell abgefaßte Obligationen nach Satzung 960 des bernischen C.-G.-B. haben nicht Handschriftsrang (6. Klasse), sondern gehören zur Klasse der vertrauten Forderungen.**

Urtheil vom 16. Dezember.

In dem Geldstage des G. von Langenthal, Müller in der Klus bei Oensingen (Kt. Solothurn), machten Ersparnißkasse Wangen, Kantonalbank Bern, Spar- und Leihkasse Niederbipp mehrere Forderungen geltend, die sich auf notariell abgefaßte bernische Obligationen stützen. Der Amtschreiber hatte diese Ansprachen in die 6. Klasse (Handschriftsrechte) kollozirt; das Amtsgericht verwies sie aber in die 7. Klasse.

Das Obergericht bestätigte den amtsgerichtlichen Entscheid unter Aufstellung folgender Erwägungen:

„Bezüglich dieser Rechtsfrage ist maßgebend das Konkordat über Konkursrecht in Fallimentsfällen vom 15. Juni 1804, bestätigt den 18. Juli 1818. Die Schuldtitel für fragliche Posten sind Obligationen nach Satz. 960 des bernischen C.-G.-B. von einem Notar abgefaßt und müssen nach dortseitigem Rechte in einem Konkurse im Handschriftsrange kollozirt werden. Allein es unterliegt keinem Zweifel, daß nach Art. 2 alleg. Konkordates das solothurnische Gesetz bezüglich der Kollokation maßgebend ist, weil das Falliment des G. im hierseitigen Kanton ausgebrochen ist. Es fehlt aber nach § 1644 Ziff. 1 C.-G.-B. den fraglichen Schuldurkunden ein wesentliches Erforderniß zur Kollokation derselben in der 6. Klasse, Handschriftsrechte, nämlich die Unterschrift des Schuldners, weßhalb diese Posten in die 7. und letzte Klasse, vertraute Forderungen, zu weisen sind."

**24. Das Versprechen einer Konventionalstrafe für den Fall des Geldstagseintritts ist ungültig.**

Urtheil vom 29. Dezember.

Durch Miethvertrag vom 3. August 1878 vermiethete M. an D. seine Wirthschaft und Metzgerei auf die Dauer vom 1. September 1878 bis 1. September 1881. In Art. 9 des Vertrages wurde folgende Bestimmung aufgenommen: „Wünscht eine der beiden Parteien nach Verfluß des ersten Jahres von

diesem Vertrage zurückzutreten, so hat selbe das Lehen sechs Monate vorher zu künden, muß dann aber der andern Partei eine Entschädigung von Fr. 1200 bezahlen. So wie so bleibt der Vertrag $1^{1}/_{2}$ Jahre fest.“ Ueber den Vermiether M. wurde hierauf unterm 27. August 1880 der Geldstag verpflogen. D. machte in demselben, gestützt auf Art. 9 des Vertrages, die stipulirte Entschädigungsforderung im Betrage von Fr. 1200 geltend und verlangte in der daherigen Eingabe, daß er auf den Erlös der ihm laut Art. 3, 9 und 10 verschriebenen Faustpfänder angewiesen werde. Diesem Verlangen wurde von Seite der Amtschreiberei nicht entsprochen.

Das Obergericht, an welches D. appellirte, wies das Begehren ebenfalls ab, indem es dafür hielt, daß, abgesehen von der Frage, ob die Parteien in Art. 9 des Vertrages den Fall eines Konkurses überhaupt vorgesehen, das Versprechen einer Summe Geldes für den Fall eines Konkurses ungültig sei.

# Die Freigebung der Advokatur.

(Aus den Verhandlungen des bern. Juristenvereins vom 29. Mai 1882.)

(Fortsetzung.) *)

Fürsprecher Ritschard erklärt einleitungsweise, er sei von der Wahl dieses Themas an der letzten Jahresversammlung nicht besonders entzückt gewesen: Aufgabe des Juristenvereins sei es allerdings in erster Linie, Uebelstände in unsern Rechtseinrichtungen aufzuzeigen und auf deren Abschaffung zu dringen. Der Hauptübelstand bestehe bei uns dermalen in unserer Gerichtsorganisation und in unserm Prozeßgesetz. Eine bessere, billigere und schnellere Rechtsprechung thut uns noth, diese verlangt das Volk laut und in nicht mißzuverstehender Weise. Auf die Abschaffung dieses Hauptübels müssen wir dringen, unsere Wünsche, Begehren und Kräfte daraufhin sammeln und nicht in nebensächliche, akademische

*) Siehe S. 362 ff. des 3. Heftes.

**23. Notariell abgefaßte Obligationen nach Satzung 960 des bernischen C.-G.-B. haben nicht Handschriftsrang (6. Klasse), sondern gehören zur Klasse der vertrauten Forderungen.**

Urtheil vom 16. Dezember.

In dem Geldstage des G. von Langenthal, Müller in der Klus bei Oensingen (Kt. Solothurn), machten Ersparnißkasse Wangen, Kantonalbank Bern, Spar- und Leihkasse Niederbipp mehrere Forderungen geltend, die sich auf notariell abgefaßte bernische Obligationen stützen. Der Amtschreiber hatte diese Ansprachen in die 6. Klasse (Handschriftsrechte) kollozirt; das Amtsgericht verwies sie aber in die 7. Klasse.

Das Obergericht bestätigte den amtsgerichtlichen Entscheid unter Aufstellung folgender Erwägungen:

„Bezüglich dieser Rechtsfrage ist maßgebend das Konkordat über Konkursrecht in Fallimentsfällen vom 15. Juni 1804, bestätigt den 18. Juli 1818. Die Schuldtitel für fragliche Posten sind Obligationen nach Satz. 960 des bernischen C.-G.-B. von einem Notar abgefaßt und müssen nach dortseitigem Rechte in einem Konkurse im Handschriftsrange kollozirt werden. Allein es unterliegt keinem Zweifel, daß nach Art. 2 alleg. Konkordates das solothurnische Gesetz bezüglich der Kollokation maßgebend ist, weil das Falliment des G. im hierseitigen Kanton ausgebrochen ist. Es fehlt aber nach § 1644 Ziff. 1 C.-G.-B. den fraglichen Schuldurkunden ein wesentliches Erforderniß zur Kollokation derselben in der 6. Klasse, Handschriftsrechte, nämlich die Unterschrift des Schuldners, weßhalb diese Posten in die 7. und letzte Klasse, vertraute Forderungen, zu weisen sind."

**24. Das Versprechen einer Konventionalstrafe für den Fall des Geldstagseintritts ist ungültig.**

Urtheil vom 29. Dezember.

Durch Miethvertrag vom 3. August 1878 vermiethete M. an D. seine Wirthschaft und Metzgerei auf die Dauer vom 1. September 1878 bis 1. September 1881. In Art. 9 des Vertrages wurde folgende Bestimmung aufgenommen: „Wünscht eine der beiden Parteien nach Verfluß des ersten Jahres von

diesem Vertrage zurückzutreten, so hat selbe das Lehen sechs Monate vorher zu künden, muß dann aber der andern Partei eine Entschädigung von Fr. 1200 bezahlen. So wie so bleibt der Vertrag $1\frac{1}{2}$ Jahre fest." Ueber den Vermiether M. wurde hierauf unterm 27. August 1880 der Geldstag verpflogen. D. machte in demselben, gestützt auf Art. 9 des Vertrages, die stipulirte Entschädigungsforderung im Betrage von Fr. 1200 geltend und verlangte in der daherigen Eingabe, daß er auf den Erlös der ihm laut Art. 3, 9 und 10 verschriebenen Faustpfänder angewiesen werde. Diesem Verlangen wurde von Seite der Amtschreiberei nicht entsprochen.

Das Obergericht, an welches D. appellirte, wies das Begehren ebenfalls ab, indem es dafür hielt, daß, abgesehen von der Frage, ob die Parteien in Art. 9 des Vertrages den Fall eines Konkurses überhaupt vorgesehen, das Versprechen einer Summe Geldes für den Fall eines Konkurses ungültig sei.

---

# Die Freigebung der Advokatur.

(Aus den Verhandlungen des bern. Juristenvereins vom 29. Mai 1882.)

(Fortsetzung.) *)

---

Fürsprecher Ritschard erklärt einleitungsweise, er sei von der Wahl dieses Themas an der letzten Jahresversammlung nicht besonders entzückt gewesen: Aufgabe des Juristenvereins sei es allerdings in erster Linie, Uebelstände in unsern Rechtseinrichtungen aufzuzeigen und auf deren Abschaffung zu bringen. Der Hauptübelstand bestehe bei uns dermalen in unserer Gerichtsorganisation und in unserm Prozeßgesetz. Eine bessere, billigere und schnellere Rechtsprechung thut uns noth, diese verlangt das Volk laut und in nicht mißzuverstehender Weise. Auf die Abschaffung dieses Hauptübels müssen wir dringen, unsere Wünsche, Begehren und Kräfte daraufhin sammeln und nicht in nebensächliche, akademische

*) Siehe S. 362 ff. des 3. Heftes.

Fragen zersplittern. In dem neuesten Entwurf von Fürsprech Brunner kann der Redner eine auch nur einigermaßen zufriedenstellende Abhülfe der Uebelstände nicht erkennen.

Was nun die Frage über Freigebung der Advokatur anbelangt, so fragt sich Herr Ritschard, ob Gründe vorhanden seien, den bisherigen Zustand zu ändern. Verlangt etwa das *Volk* eine Aenderung des bisherigen Zustandes? Nein. Wie schon gesagt, verlangt das Volk eine raschere und billigere Justiz, von einem Verlangen nach Freigebung der Advokatur habe man aber noch nichts gehört. Das Volk verlange vielleicht *keine* Advokaten, ob aber *freie* oder *patentirte* sei ihm wahrscheinlich ziemlich gleichgültig. Andere Gründe existirten für die Freigebung nicht, wohl aber sei der bisherige Zustand ein berechtigter und fließe logisch und praktisch aus der *Stellung des Staates zum Recht*. Die erste Rechtsaufgabe des Staates besteht darin, daß er setzt was Rechtens ist, er gibt die *Gesetze*. Seine zweite Aufgabe besteht darin, daß er die nöthigen Einrichtungen trifft, durch welche im einzelnen Falle gesagt wird, was Rechtens sei, er entscheidet die streitigen Rechtsfragen durch die *Rechtsprechung*, durch *Urtheile*. Zu diesem Zwecke schreibt er die *Requisite* in Betreff derjenigen Personen vor, welchen er die Rechtsprechung, die Urtheilsfällung überträgt. Nur so und so geeigenschafteten Personen wird die Rechtsprechung übertragen. Unsere Verfassung ordnet die Sache so, daß sie in einer *allgemeinen* Vorschrift von den zur *offiziellen* Rechtsprechung berufenen Personen Rechtskunde (§ 60 K.-V.)*) verlangt und es dann der Beurtheilung im *einzelnen Falle* bei Anlaß der Wahl anheimstellt, ob dieses Requisit vorhanden sei oder nicht.

Nun liegt aber ein *weites Gebiet* der juristischen *Urtheilsfällung außerhalb* der offiziellen Rechtsprechung durch die Gerichte. Ein Bürger z. B. will ein Rechtsgeschäft abschließen, er ist nicht im Klaren vielleicht über die Form des

*) Genauer: von den Mitgliedern und Ersatzmännern des Obergerichts und den Präsidenten der Amtsgerichte. (Red.)

Abschlusses oder über andere dabei in Betracht fallende juristische Fragen. Er ist nun darauf angewiesen, darüber das Urtheil eines Andern, der diese Fragen nach seiner Meinung kennt, einzuholen. Dieser Andere entscheidet dem Rathsuchenden die vorgelegten Fragen, er gibt sein Urtheil darüber ab. Ein anderes Beispiel: Jemand kommt in Folge eines abgeschlossenen Rechtsgeschäftes in Konflikt mit einem Andern, er muß schlüssig werden, ob er seinem Rechtsanspruch Folge geben will oder nicht. Diese Frage kann er nicht selbst entscheiden, sondern er wendet sich an einen Rathgeber. Dieser prüft die Frage und entscheidet sie in diesem oder jenem Sinne. Auch hier hat der betreffende Rathgeber ein Urtheil gefällt. Aus diesen Beispielen ersieht man, daß außer den vom Richter ausgefällten Urtheilen jahraus jahrein eine immense Zahl juristischer Urtheile ausgefällt werden. Dieselben haben von den gerichtlichen Urtheilen nur den Unterschied, daß die letztern rechtsverbindlich sind, die erstern nicht, praktisch aber kommt den Urtheilen der erstern Art eine ebenso große Wichtigkeit zu, denn dieselben bilden in vielen Fällen für den Bürger die Norm des Handelns.

Wenn es nun Aufgabe des Staates ist, im Gebiete der eigentlichen, offiziellen Urtheilsfällung für hiezu geeignete Personen und darauf bezügliche Vorschriften zu sorgen, ist es nicht ebenso sehr seine Aufgabe das Gleiche zu thun auf jenem viel weiteren Gebiete der nicht offiziellen, der konsultativen Urtheilsfällung? Gerade hier sind intellektuell und moralisch zuverlässige Personen um so mehr am Platz, als eine Reihe von Garantien welche die offizielle Rechtsprechung mit sich bringt, hier nicht bestehen. Wir sagen also: Die Patentirung von Anwälten fließt theoretisch und praktisch aus der Stellung des Staates zum Recht.

Der Herr Referent macht auch geltend, das Patent lege die Leute auf das Faulbett, hindere die Fortbildung u. s. w. Das ist unrichtig. Auch mit dem Patent existirt die Konkurrenz unter den Anwälten gleichwohl, unser Advokatenstand steht punkto Fortbildung nicht schlechter da, als der Advokatenstand in Kantonen, wo die Freigebung existirt. Ich frage den Referenten:

Hat er sich etwa mit seinem Patent auf das Faulbett niedergelegt, glaubend in demselben sei „der Weisheit letzter Schluß" enthalten?

Auch nicht jeder Staat eignet sich gleich zur Freigebung. Ein mehr städtisches oder industrielles Gemeinwesen ist dafür günstiger, als ein bäuerliches, zudem geographisch zerklüftetes, wie unser Kanton ist. Die Zahl der Geschäftlimacher wird zu-, die Zahl der tüchtigen, gehörig gebildeten Advokaten wird abnehmen. Durch die Aufhebung des obligatorischen Staatsexamens vertauschen Sie im besten Falle sichere gegen unsichere Vortheile, meiner innigsten Ueberzeugung nach aber sichere Vortheile gegen sichere Nachtheile.

Es wurden uns von Seite des Referenten fakultative Examina vorgeschlagen. Diese sollen gewissermaßen die Norm für das juristische Wissen beim Eintritt in die Praxis bilden. Gerade in diesem Vorschlage tritt die Schwäche des Freigebungsgedankens am Besten zu Tage. Der Zwang hat sich überlebt, sagt die Gegenpartei, an seine Stelle muß auch hier die Freiheit als belebendes, frucht- und segenbringendes Element treten. Zugegeben meinetwegen. Dann aber übergebt euer Geschäft ganz der Freiheit. Was aber thut ihr? ihr werfet die Krücke (obligatorische Examina) weg und holt dieselbe sofort wieder (fakultative Examina). Nicht die Freiheit, eure Freiheit normirt das Ziel, das dem Juristen gesteckt ist, sondern der Staat; das fakultative Examen soll dieß thun; Ihr wollt natürlich auch, daß möglichst viele dieses fakultative Examen bestehen, der beste Zustand schiene auch Euch natürlich der, wenn alle dieses vom Staate aufgestellte Examen machen würden. Ihr strebt also mit Eurem fakultativen Examen an, was wir mit unserem obligatorischen haben; Ihr wollt patentirte Juristen, wir haben sie; das ist der Unterschied. Ihr gebt die Freiheit or und huldigt doch dem Zwange, nur gebt ihr die Vortheile des Zwanges preis, ohne daß Ihr der Freiheit die volle Ehre erweiset. Ihr seid Abtrünnige des Zwanges, aber doch keine Apostel der Freiheit.

Schließlich führt Herr Ritschard für seine Ansicht noch folgende Erwägung an:

Wir sind ein republikanisches, sogar demokratisches Gemeinwesen, die letzte Entscheidung liegt beim Volk. Gerade ein solches Gemeinwesen kann einer großen Zahl über das ganze Land verbreiteter, gebildeter Personen mit einer idealen Weltanschauung nicht entrathen. Durch die Staatsexamina kann der Staat auch die *Vorbildung* normiren; so hat er bis jetzt und dieß wohl mit Recht, die *humanistische* Vorbildung als Requisit für das Staatsexamen vorgeschrieben und damit haben wir unserem Volke nicht nur *gebildete Juristen*, sondern, was ich für das Gemeinwesen ebenso hoch schätze, *gebildete Männer* zugeführt und gerade ihrer bedarf der demokratische Staat am meisten, wenn er nicht ein *demagogischer* Staat werden will. Geben Sie das *obligatorische Staatsexamen* preis, so geben Sie damit auch die *obligatorische allgemeine Vorbildung* preis, denn die geringere Zahl wird sich dieselbe in Zukunft aneignen und einzig damit schaden Sie dem Staate in 10 Jahren mehr, als ihm die *vermeintlichen* Vortheile der Freigebung in 100 Jahren nützen können.

Wenn ich so entschieden für die Pflege der allgemeinen Bildung eintrete, so verlange ich dann allerdings vom Staate Vorsorge dafür, daß möglichst jeder talentvolle Staatsbürger sich diese Bildung erwerben könne. La carrière ouverte aux talents. In dieser Richtung muß allerdings noch viel geschehen durch Unentgeltlichkeit alles Unterrichtes, Stipendien u. s. w. Denn das wollen wir nicht, daß die Geldaristokratie und die Geistesaristokratie in *denselben* Personen vereinigt werden.

# Der Konkurs eines Ehegatten.

## Eine Studie aus dem solothurnischen Güterrechte.

Von Dr. A. Affolter, Oberrichter in Solothurn.

---

I. Durch das eheliche Güterrecht erhält der Mann die Verwaltung und Nutzung des Frauenguts.*) Er repräsentirt nach Außen alle Vermögensrechte, seine wie diejenigen der Ehefrau. Die letztere steht außerhalb aller Befugnisse.**)

Unser Civilrecht stellt deßhalb das Prinzip auf: nur der Konkurs des Mannes hindert den Eintritt oder die Fortdauer des ehelichen Güterrechtes; der Konkurs der Ehefrau dagegen ist für die Gestaltung des Güterverhältnisses völlig irrelevant. Dieser Grundsatz wird zwar in der Praxis vielfach nicht anerkannt; es wird behauptet, daß ein Unterschied in den Folgen des Konkurses zwischen dem Ehemanne und der Ehefrau nicht bestehe. Unsere gesetzlichen Bestimmungen über diese Materie aber sind so prägnant, daß ein ernstlicher Zweifel darüber nicht aufkommen dürfte.

Es lassen sich folgende Fälle unterscheiden:

1. Der Ehemann ist schon vor der Ehe vergeldstaget. In diesem Falle tritt das Güterverhältniß gar nicht ein. § 203 rückweisend auf § 200.

2. Wenn der Ehemann während der Ehe in den Geldstag geräth, so tritt Gütertrennung ein. § 196 Ziff. 2.

3. Wenn die Ehefrau schon vor der Ehe vergeldstaget ist, so hindert dieses den Eintritt des Güterverhältnisses

---

*) C.-G.-B. §. 190. Das Vermögen, welches der Frau zur Zeit der Eingehung der Ehe angehört, sowie dasjenige, welches ihr während derselben anfällt, geht auf den Ehemann über, in dem Sinne, daß er darüber freies Verfügungsrecht hat, jedoch für das Kapital verantwortlich bleibt.

**) § 192. Ohne Einwilligung des Mannes darf die Frau weder eine Erbschaft annehmen, noch unter belästigenden Bedingungen durch Testament oder Schenkung etwas erwerben, noch über ihr eigenes Vermögen oder über jenes ihres Mannes verfügen.

keineswegs. § 208 spricht sich darüber folgendermaßen aus: „Der Mann kann das in § 207 angegebene Recht (die Gütertrennung zu verlangen) innerhalb 90 Tagen vom Tage der Trauung hinweg, auch dann ausüben, wenn die Frau schon vor der Ehe mit Verlust vergeldstaget worden ist, und den Geldstag nicht aufgehoben hat.“ Es folgt aus dieser Gesetzesstelle mit Bestimmtheit, daß, wenn der Ehemann die Trennung nicht verlangt, das Güterverhältniß eintritt.

4. Nach § 191 *) kann die Ehefrau während der Dauer des ehelichen Güterverhältnisses für ihre Schulden nicht belangt werden; bevor der Geldstag der Ehefrau bewirkt werden kann, muß zuerst durch Vergeldstagung des Ehemannes die Gütertrennung erfolgen.

II. Wie durch den Geldstag des Ehemannes die Gütertrennung ohne Weiteres erfolgt, so geschieht anderseits der Wiedereintritt des ehelichen Güterverhältnisses ipso jure durch die Aufhebung des Geldstages des Mannes. § 200. **)

Ist aber wegen Geldstages der Ehefrau die Gütertrennung verlangt worden (§ 208 cit.), so bewirkt m. E. die Aufhebung des Geldstages der Ehefrau nicht unmittelbar den Wiedereintritt des Güterverhältnisses. Der Wegfall des Grundes der Gütertrennung genügt nicht einzig, um auch diese wegfallen zu machen; es muß vom Ehemanne wieder ein besonderes, dahinzielendes Begehren gestellt werden. Unser C.-G.-B. enthält zwar keinerlei Aufschlüsse, wie eine solche Restitution erlangt werden kann, es unterliegt aber keinem Zweifel, daß für dieselbe die Bestimmungen über das Gütertrennungsverfahren analoge Anwendung finden.

*) § 191. Für die Schulden, welche die Frau in die Ehe gebracht hat, und für diejenigen, die ihr während der Ehe anfallen, haftet der Mann so, daß während der Dauer des ehelichen Güterverhältnisses, er allein dafür belangt werden kann.

**) § 200. Wird der Geldstag aufgehoben, so tritt der Mann in alle jene Rechte ein, die ihm zugestanden wären, wenn kein solcher stattgefunden hätte, sofern die Frau nicht die Fortdauer der Gütertrennung verlangt.

III. Wenn der Ehemann in Konkurs fällt, so wird auch das Vermögen der Ehefrau zur Masse gezogen, § 198.*) Diese Vorschrift findet ihre Begründung durch den im § 190 ausgesprochenen Grundsatz, daß der Mann über das Vermögen der Frau freies Verfügungsrecht hat, jedoch für das Kapital verantwortlich bleibt. Beim Konkurs des Mannes wird dieses Verfügungsrecht, soweit es noch nicht erschöpft ist, an Stelle des Mannes von der Konkursbehörde für die Masse ausgeübt, der Ehefrau aber bevorzugtes Forderungsrecht für zwei Drittheile ihres Einbringens gewährt. Die Konsequenzen dieser Auffassung zeigen sich in Folgendem:

1. Soweit als dem Manne ein Verfügungsrecht darüber zustand, dürfen Vermögenstheile der Ehefrau zur Masse gezogen werden. Es sind deßhalb auch Erbsgüter der Ehefrau, welche dem Nutznießungsrechte eines Dritten unterliegen, der Masse zu verhaften und zu Handen dieser beim Aufhören der Nutznießung zu versteigern, in welchem Zeitpunkte denn auch das Forderungsrecht der Ehefrau für zwei Drittheile des Werthes dieser Güter liquid wird. — Es kommt auch der Fall vor, daß die Ehefrau einen unausgeschiedenen Theil der Hinterlassenschaft anzusprechen hat und für den übrigen Theil Nutznießerin ist. In der Praxis wird beim Konkurs des Ehemannes vielfach die Ausscheidung und somit auch die Versteigerung dieses Antheils verschoben bis zum Tode der Schleißerin. Man stützt sich hiebei auf § 626, welcher für gewöhnlich eine Theilung nicht zulasse; mit Unrecht, wie ich glaube. Die Gesetzesstelle lautet so: „In der Regel ist jeder Erbe berechtigt, die Theilung der Erbschaft zu verlangen. Im Falle aber Jemand die Nutznießung hat, so soll die Theilung,

---

*) § 198. Wenn der Ehemann vergeldstaget wird, so sind auch die Vermögenstheile der Frau in die Masse aufzunehmen und zu verkaufen, sie hat aber für zwei Drittheile des von ihr zugebrachten Vermögens das ihr in der Geldstagsordnung angewiesene Vorrecht.

Für den letzten Drittheil erhält sie den Rang nach den vertrauten Forderungen.

Das eheliche Güterverhältniß ist vom Tage an aufgelöst, an welchem der Geldstag verpflogen wird.

so lange das erwähnte Recht dauert, nur mit Einwilligung sämmtlicher Miterben vorgenommen werden."

Soviel ist richtig, daß ohne Einwilligung sämmtlicher Erben die Hinterlassenschaft nicht getheilt werden kann — solange und soweit Jemand die Nutznießung hat. Ist aber die Nutznießerin selbst zu einem Theile berechtigt, so findet an demselben eine Nutznießung nicht statt. Es kann somit der Antheil der Ehefrau wohl ausgeschieden werden, nicht aber wäre ein anderer Miterbe berechtigt, die Theilung des übrigen, noch dem Schleiße unterliegenden Vermögens zu verlangen.

2. Nur soweit, als dem Ehemanne ein Verfügungsrecht zustehen würde, dürfen Vermögenstheile der Ehefrau zur Masse gezogen werden. Nach § 1325 ist es möglich, daß durch Vertrag sich die Braut oder Ehefrau ihr ganzes Vermögen, oder einen Theil desselben zur freien Verfügung vorbehält. Solches vorbehaltene Vermögen darf nicht zur Konkursmasse gezogen werden.*) Die Frau aber haftet mit einem Drittheile des vorbehaltenen Vermögens für die während der Ehe entstandenen Schulden. Es geht diese Haftpflicht aus § 236 hervor, welcher lautet: „Von der Gütertrennung an haftet die Frau noch 10 Jahre mit dem Drittheile desjenigen Vermögens, das ihr bei der Trennung zugetheilt worden ist, für die während der Ehe entstandenen Schulden in dem Sinne, daß sie in dem angegebenen Zeitraume von den verlustigen Gläubigern des verganteten Mannes für den erwähnten Drittheil belangt werden kann."

Die Gesetzesstelle sagt: „mit einem Drittheile desjenigen Vermögens, das ihr bei der Trennung zugetheilt worden ist." Das vorbehaltene Vermögen der Ehefrau wird dieser allerdings bei der Gütertrennung durch den Konkurs des Mannes nicht „zugetheilt", die Frau besitzt es schon. Hingegen kann kaum ein Zweifel darüber gehegt werden, daß der Gesetz-

*) Die Frage ist in der Praxis kontrovers. S. J. Walter, Amtschreiber: die Güterrechte der Ehegatten, 1880, § 72, wo die entgegengesetzte Ansicht ausgesprochen wird. Für uns ein Spruch des Obergerichtes vom 13. Jan. 1869.



geber mit diesem § der Frau überhaupt die Verpflichtung auferlegen will, mit einem Theil ihres Vermögens für die während der Ehe entstandenen Schulden einzustehen. Reinert, Commentar, pag. 159, spricht sich auch ganz allgemein dahin aus: „der Danttheil, den die Frau beitragen muß, ist nach dem Vermögen zu berechnen, das sie zur Zeit der Gütertrennung besaß."

IV. Die Frau hat im Konkurse des Mannes ein privilegirtes Forderungsrecht für zwei Drittheile des von ihr zugebrachten Vermögens.

1. Der Begriff des zugebrachten Vermögens wird in dem Theile des Güterrechtes gegeben, der von der „Theilung" handelt; § 215 definirt folgendermaßen: „Diejenigen Vermögenstheile, welche die eine oder andere Partei bei Eingehung der Ehe besessen oder nachher durch Erbschaft, Testament, Schenkung, oder Ehesteuer erworben hat, bilden nach Abzug derjenigen Schulden, die mit den erwähnten Vermögenstheilen übernommen werden mußten, oder welche die betreffende Person bei ihrer Verehelichung sonst hatte, das zugebrachte Vermögen dieser Person."

Diese Vorschrift gilt ohne Zweifel auch für die Bestimmung des Zugebrachten beim Konkurs des Ehemannes. Es ist aber in jedem einzelnen Falle zu untersuchen, ob die eingebrachten Schulden der Ehefrau wirklich abgezogen sind, d. h. ob der Ehemann sie bezahlt hat. Sind sie nicht bezahlt, so werden sie (nach § 1587) von den Gläubigern eingegeben, und ihrem Range nach in die Schulden des Mannes eingereiht (s. unten V. pr. und V., 1) und auf das Vermögen der Ehefrau angewiesen, das ihr aus dem Geldstage zufällt (§ 1662). Es frägt sich nun, ob der Ehefrau für den Betrag dieser Schulden, welche von ihrem zugebrachten Vermögen abgezogen worden sind, ohne bezahlt zu sein, ein Forderungsrecht und welches an der Masse zusteht. Forderungsberechtigt wird sie ohne Zweifel, da die Masse durch jenen Abzug bereichert ist. Es sind aber zweierlei Auffassungen möglich:

a) Dadurch, daß der Mann die zugebrachten Schulden aus den zugebrachten Aktiven nicht bezahlt und gleichwohl nur einem

Forderungsrecht von $^2/_3$ des Ueberschusses der Aktiven genügen muß, erhält er die Verpflichtung, diese Schulden zu bezahlen. Uebernimmt die Ehefrau die Zahlung, so tritt sie an Stelle des Gläubigers.

b) Weil die Frau ihre zugebrachten Schulden selbst bezahlen muß, ist ihr zugebrachtes Vermögen um die Summe dieser Schulden besser, d. h. weil sie selbst haftbar dafür ist, dürfen diese Schulden nicht abgezogen werden.

Ich halte diese letztere Auffassung für die richtigere (vergleiche unten V., 1). Das praktische Resultat derselben ist folgendes: Die Ehefrau hat ein privilegirtes Forderungsrecht für zwei Drittheile der zugebrachten Aktiven nach Abzug ihrer vom Ehemanne bereits bezahlten Schulden.

2. Die zugebrachte Habe der Frau kann bestehen:

a) Aus Forderungstiteln. In diesem Falle ist der Nominalwerth derselben für die Feststellung des Frauenguts maßgebend. Sind es negociable Papiere, so ist die Summe, um welche der Ehemann verkauft hat (§ 221)*), oder der Steigerungswerth in Anschlag zu bringen.

b) Aus Beweglichkeiten. Die in die Ehe gebrachten Haus- und Küchengeräthschaften werden zum Miteigenthume beider Ehegatten. Die Hälfte der durch die Geldstagssteigerung erlösten Summe bestimmt den Anspruch der Frau (§ 226)**). Sind andere Beweglichkeiten eingebracht worden, so ist nach § 221 cit. zu verfahren.

c) Aus Liegenschaften. Der Gesetzgeber hat ohne Zweifel den Steigerungserlös der Liegenschaften als maßgebend

*) Er lautet: Sind zugebrachte Gegenstände nicht mehr vorhanden, so ist der Preis, um den sie veräußert worden sind, oder, wenn dieser nicht ausgemittelt werden kann, der Anschlagpreis, den der Gegenstand im Inventar hat, oder, wenn kein solcher vorhanden ist, der wahre Werth zu ersetzen.

**) „Die vorhandenen Haus- und Küchengeräthschaften, verarbeitete oder nicht verarbeitete Leinwand, Betten und Lebensmittel, jedoch Getreide und Wein ausgenommen, sie mögen von dieser oder jener Partei zugebracht oder während der Ehe angeschafft worden sein, werden zu gleichen Theilen getheilt."

für das Forderungsrecht der Frau betrachtet, Reinert, pag. 135: „Diese Einrichtung (daß die Vermögenstheile der Frau ebenfalls zur Masse gezogen und versteigert werden), die schon vor dem Erscheinen des gegenwärtigen Gesetzes nach alter Uebung bestand, gewährt offenbar den Vortheil, daß der Werth des Vermögens mit einer Genauigkeit ausgemittelt wird, wie es durch eine Schatzung nie geschehen könnte. Die Frau selbst, sowie die Gläubiger, können diesen Werth dadurch erhöhen, daß sie selbst Angebote machen. Durch eine solche Erhöhung gewinnt die Frau, indem ihre Forderung größer wird, es gewinnen die Gläubiger, indem der beizutragende Drittheil wächst, und verlieren kann nur der unbesonnene Käufer, der zu theuer erwirbt.“ Mit Recht bemerkt aber der Bericht des Obergerichtes für das Jahr 1853: „.... Die Erfahrung zeigt, daß die Liegenschaften in weitaus den meisten Fällen an den Geldstagssteigerungen nicht ihren wahren Werth gelten. Die meisten Amtschreiber klagen, daß dabei häufig gar kein Angebot gemacht werde, so daß ihnen dann nur die Wahl bleibe, von sich aus Jemanden aufzusuchen, der sich um einen Spottpreis als Beständer einschreiben läßt, oder die Liegenschaften unverkauft zu lassen.... Das Resultat des Nachschlages kann nicht abgewartet werden.... Wir finden, es sei hier zu halten, wie bei allen übrigen im Geldstage erscheinenden Forderungen. Die Frau erscheint als Kreditorin ihres Mannes und als solche hat sie ihre Forderung zu belegen. Stützt sie sich bei der Berechnung ihres Vermögens bezüglich der zugebrachten Liegenschaften auf den Erwerbspreis, so wird der Amtschreiber als Vertreter der Masse zu untersuchen haben, ob solche Verhältnisse obwalten, welche die Forderung als zu hoch erscheinen lassen.... Das Obergericht hat am 20. September 1852 einen Fall beurtheilt, wo der Erwerbspreis als Basis angenommen worden, weil sich die Frau darauf gestützt hat und weil, wie es in den Erwägungen ausdrücklich heißt, keine Gründe angebracht worden waren, davon abzugehen und nicht, wie von einigen Seiten dieser Entscheid aufgefaßt worden, weil in allen Fällen der Erwerbspreis maßgebend sein müsse.“

V. Die Gläubiger der Ehefrau haben das Recht, ihre Ansprachen im Geltstage des Ehemannes einzugeben. § 1587 bestimmt:

„Innerhalb der zum Aufschreiben bestimmten Zeit soll der Amtschreiber das Geldstagsurtheil auskünden lassen mit der Aufforderung an die Gläubiger, ihre Ansprachen an dem Geldstager sowohl als seiner Ehefrau, die Titel derselben, die Unterpfänder, Mitschuldner, Bürgen und Währschaftsträger vor Verfluß von 45 Tagen der Amtschreiberei anzugeben.“

In dem Grundsatze, daß die Schulden der Frau im Geldstage des Mannes kollozirt werden, liegt nicht ausgesprochen, daß letzterer mit seinem Vermögen für alle Ansprachen der Frau hafte. Es ist bei jedem Falle genau zu unterscheiden.

1. Zugebrachte Schulden der Ehefrau. Der Ehemann hat über das zugebrachte Vermögen der Ehefrau freies Verfügungsrecht in dem Sinne, daß er für das Kapital verantwortlich bleibt (§ 190 cit.). Ein Drittheil des Frauenguts ist aber den Gläubigern des Mannes verhaftet (§ 198 cit.) Der Mann ist also in seinem Konkurse nur für zwei Drittheile des Vermögens der Frau verantwortlich; für deren Schulden haftet er nicht. § 1662 sagt deutlich: „Forderungen an der Frau des Geltstagers werden nach gesetzlicher Rangordnung auf das Vermögen angewiesen, das ihr aus dem Geldstage zufällt.“ Die zugebrachten Schulden der Frau werden also im Konkurse des Mannes nur deßhalb angemeldet, damit sie auf das Frauengut angewiesen werden können, nicht aber, weil der Mann für dieselben haftet. Es ist für mich auch völlig unerfindlich, nach welchem Rechtssatze der Mann für die zugebrachten Schulden der Frau haftbar gemacht werden könnte. Die Frau ist und bleibt die direkte Schuldnerin; die Verwaltungs- und Nutzungsrechte des Ehemannes können nicht bewirken, daß diese für die Verbindlichkeiten der Ehefrau einstehen muß. Und wenn auch der Mann die zugebrachten Aktiven der Ehefrau verwendet hat, ohne deren Schulden zu bezahlen, so kann doch nur von einer

Ersatzpflicht hinsichtlich der Aktiven, nicht aber von einer Haftbarkeit für die Schulden gesprochen werden. Aus dem Grundsatze, daß der Mann für die zugebrachten Schulden der Ehefrau nicht haftet resultirt: dieselben dürfen niemals aus der Masse des Mannes gedeckt werden. Es könnte zwar die Auffassung geltend gemacht werden, daß die Masse des Mannes, dem die Vormundschaft über die Frau zustand, zur vorläufigen Zahlung verpflichtet sei (in Analogie der Ausdehnung des Verfügungsrechtes des Mannes auf die Masse. S. oben III).

Diese Pflicht zur vorläufigen Zahlung mit dem zweifelhaften Regreß gegen die Ehefrau ist aber doch wieder eine Haftung, die sich gesetzlich nicht begründen läßt.

2. Deliktsschulden der Ehefrau. Diese sind gleich zu behandeln wie die zugebrachten Schulden.

3. Bürgschaftsschulden. Es ist zu unterscheiden:

a) Die Frau ist vor der Ehe eine Bürgschaft eingegangen. Die allfällig zu bezahlende Bürgschaftsschuld ist eine zugebrachte. § 218 *).

b) Die Frau hat sich während des ehelichen Güterverhältnisses (immerhin die Einwilligung des Ehemannes vorausgesetzt) als Bürge verpflichtet. Hier ist wieder auseinanderzuhalten:

*α*. Fällt der Moment, in welchem der Bürge zur Zahlung der Schuld angehalten werden kann, noch in die Zeit des Bestandes des ehelichen Güterverhältnisses, so wird die Schuld als eine während der Ehe entstandene betrachtet (§ 231) **). Nach

---

*) § 218. Wenn dem einen oder andern Theile wegen Bürgschaftsverpflichtungen, die er vor der Ehe eingegangen, während dem ehelichen Güterverhältnisse Schulden zufallen, so sind diese als zugebracht zu betrachten.

**) § 231. Wenn dem einen oder andern Theile wegen Bürgschaftsverpflichtungen, die er während der Ehe eingegangen, vor Auflösung des ehelichen Güterverhältnisses Schulden anfallen, so werden diese so angesehen, als seien sie während der Ehe entstanden. Eine Bürgschaftsschuld wird von dem Tage an als angefallen betrachtet, an welchem über den Hauptschuldner der Geldstag verpflogen wird, sofern die verbürgte Schuld wirklich in Verlust fällt.

§ 1638 *) haftet für die während der Ehe entstandenen Schulden, auch wenn sie von der Ehefrau eingegangen worden sind, der Mann prinzipaliter, die Frau als Bürgin. Der Fall bleibt sich also gleich, ob die Frau sich zu Gunsten des Mannes oder eines Dritten verbürgt hat: zuerst haftet der Mann und erst in zweiter Linie die Ehefrau. Nach § 1603 werden alle Schulden des Geldstagers fällig. Die Praxis hat bis heute mit dem Zeitpunkte der Fälligkeit der Schuld auch den Regreß gegen den Bürgen als existent betrachtet und die nicht gelangenden Schulden des Ehemannes, für welche sich die Ehefrau verbürgt hatte, nach § 1662 cit. auf das Vermögen angewiesen, welches letztere aus dem Geldstage bezieht. Diese Praxis, welche sich auf obergerichtliche Urtheile stützt, ist vielfach angegriffen worden. Nach Art. 500 des O.-R. wird der Regreß gegen den Bürgen durch den Konkurs des Schuldners noch nicht existent, wenn die Schuld einen spätern Fälligkeitstermin hat. In diesem Falle darf ohne Zweifel auf das Vermögen der Ehefrau nicht mehr angewiesen werden.

β. Tritt der Zeitpunkt, in welchem die Frau für die Bürgschaft belangt werden kann, nach der Auflösung des Güterverhältnisses (durch den Konkurs des Ehemannes s. oben I., 1.) ein, so haftet sie einzig, § 238 **), und es kann somit eine spätere Eingabe in den Konkurs des Ehemannes nicht gemacht werden. Es wird für diesen Fall die Frage äußerst wichtig: in welchem Momente hört das Güterverhältniß durch den Konkurs des Ehemannes auf? Die Antwort gibt uns § 1595, al. 2: „Er (der Geldstag) erhält das Datum des Verkaufs oder, wenn keine verkäufliche Erbschaft vorhanden ist, der Auskündung."

---

*) § 1638. Hat die Frau, während des ehelichen Güterverhältnisses mit Einwilligung des Mannes Schulden gemacht, und hat eine Gütertrennung nicht stattgefunden, so erhalten die Gläubiger im Geldstage des Mannes den gleichen Rang, den sie im Geldstage der Frau erhalten würden. Die Frau haftet ihnen, wie wenn sie sich als Bürgin verschrieben hätte.

Diese Haftung erstreckt sich jedoch nicht auf Ansprachen, die für Anschaffung gewöhnlicher Haushaltungsbedürfnisse gemacht werden (§ 193).

**) § 238. Bürgschaftsschulden, die nach der Gütertrennung für während der Ehe eingegangene Verpflichtungen anfallen, haften einzig auf jener Partei, welche die Bürgschaftsverpflichtung eingegangen ist.

Ersatzpflicht hinsichtlich der Aktiven, nicht aber von einer Haftbarkeit für die Schulden gesprochen werden. Aus dem Grundsatze, daß der Mann für die zugebrachten Schulden der Ehefrau nicht haftet resultirt: dieselben dürfen niemals aus der Masse des Mannes gedeckt werden. Es könnte zwar die Auffassung geltend gemacht werden, daß die Masse des Mannes, dem die Vormundschaft über die Frau zustand, zur vorläufigen Zahlung verpflichtet sei (in Analogie der Ausdehnung des Verfügungsrechtes des Mannes auf die Masse. S. oben III).

Diese Pflicht zur vorläufigen Zahlung mit dem zweifelhaften Regreß gegen die Ehefrau ist aber doch wieder eine Haftung, die sich gesetzlich nicht begründen läßt.

2. Deliktsschulden der Ehefrau. Diese sind gleich zu behandeln wie die zugebrachten Schulden.

3. Bürgschaftsschulden. Es ist zu unterscheiden:

a) Die Frau ist vor der Ehe eine Bürgschaft eingegangen. Die allfällig zu bezahlende Bürgschaftsschuld ist eine zugebrachte. § 218 *).

b) Die Frau hat sich während des ehelichen Güterverhältnisses (immerhin die Einwilligung des Ehemannes vorausgesetzt) als Bürge verpflichtet. Hier ist wieder auseinanderzuhalten:

*α*. Fällt der Moment, in welchem der Bürge zur Zahlung der Schuld angehalten werden kann, noch in die Zeit des Bestandes des ehelichen Güterverhältnisses, so wird die Schuld als eine während der Ehe entstandene betrachtet (§ 231) **). Nach

---

*) § 218. Wenn dem einen oder andern Theile wegen Bürgschaftsverpflichtungen, die er vor der Ehe eingegangen, während dem ehelichen Güterverhältnisse Schulden zufallen, so sind diese als zugebracht zu betrachten.

**) § 231. Wenn dem einen oder andern Theile wegen Bürgschaftsverpflichtungen, die er während der Ehe eingegangen, vor Auflösung des ehelichen Güterverhältnisses Schulden anfallen, so werden diese so angesehen, als seien sie während der Ehe entstanden. Eine Bürgschaftsschuld wird von dem Tage an als angefallen betrachtet, an welchem über den Hauptschuldner der Geldstag verpflogen wird, sofern die verbürgte Schuld wirklich in Verlust fällt.



§ 1638 *) haftet für die während der Ehe entstandenen Schulden, auch wenn sie von der Ehefrau eingegangen worden sind, der Mann prinzipaliter, die Frau als Bürgin. Der Fall bleibt sich also gleich, ob die Frau sich zu Gunsten des Mannes oder eines Dritten verbürgt hat: zuerst haftet der Mann und erst in zweiter Linie die Ehefrau. Nach § 1603 werden alle Schulden des Geldstagers fällig. Die Praxis hat bis heute mit dem Zeitpunkte der Fälligkeit der Schuld auch den Regreß gegen den Bürgen als existent betrachtet und die nicht gelangenden Schulden des Ehemannes, für welche sich die Ehefrau verbürgt hatte, nach § 1662 cit. auf das Vermögen angewiesen, welches letztere aus dem Geldstage bezieht. Diese Praxis, welche sich auf obergerichtliche Urtheile stützt, ist vielfach angegriffen worden. Nach Art. 500 des O.-R. wird der Regreß gegen den Bürgen durch den Konkurs des Schuldners noch nicht existent, wenn die Schuld einen spätern Fälligkeitstermin hat. In diesem Falle darf ohne Zweifel auf das Vermögen der Ehefrau nicht mehr angewiesen werden.

β. Tritt der Zeitpunkt, in welchem die Frau für die Bürgschaft belangt werden kann, nach der Auflösung des Güterverhältnisses (durch den Konkurs des Ehemannes s. oben I., 1.) ein, so haftet sie einzig, § 238 **), und es kann somit eine spätere Eingabe in den Konkurs des Ehemannes nicht gemacht werden. Es wird für diesen Fall die Frage äußerst wichtig: in welchem Momente hört das Güterverhältniß durch den Konkurs des Ehemannes auf? Die Antwort gibt uns § 1595, al. 2: „Er (der Geldstag) erhält das Datum des Verkaufs oder, wenn keine verkäufliche Erbschaft vorhanden ist, der Auskündung.“

---

*) § 1638. Hat die Frau, während des ehelichen Güterverhältnisses mit Einwilligung des Mannes Schulden gemacht, und hat eine Gütertrennung nicht stattgefunden, so erhalten die Gläubiger im Geldstage des Mannes den gleichen Rang, den sie im Geldstage der Frau erhalten würden. Die Frau haftet ihnen, wie wenn sie sich als Bürgin verschrieben hätte.

Diese Haftung erstreckt sich jedoch nicht auf Ansprachen, die für Anschaffung gewöhnlicher Haushaltungsbedürfnisse gemacht werden (§ 193).

**) § 238. Bürgschaftsschulden, die nach der Gütertrennung für während der Ehe eingegangene Verpflichtungen anfallen, haften einzig auf jener Partei, welche die Bürgschaftsverpflichtung eingegangen ist.

5. Schulden aus einem Gewerbe oder Handel. Diese sind entweder zugebrachte (V., 1.) oder während der Ehe entstandene (V., 4).

Da der Ehemann die Einwilligung zum Handels- oder Gewerbebetrieb der Ehefrau geben muß (Art. 35), so sind alle von der letztern in Ausübung ihres Handels kontrahirten Schulden nach § 1638 cit. zu beurtheilen, d. h. der Ehemann haftet in erster Linie, die Ehefrau, „wie wenn sie sich als Bürgin verschrieben hätte". Dieser Ausdruck des Gesetzes darf nicht dahin gedeutet werden, daß nunmehr die Handelsfrau im Sinne der Bürgschaft des O.-R. hafte und also auch das Beneficium des Art. 500 genieße. Die subsidiäre Haftpflicht der Ehefrau muß ohne Zweifel nach dem bisherigen solothurnischen Bürgschaftsrechte behandelt werden; es ist somit an dem Grundsatze fest zu halten, daß durch den Geldstag des Schuldners (des Ehemannes) auch der Anspruch gegen den Bürgen (die Ehefrau) fällig wird.

Das O.-R. Art. 35 verhaftet den Gläubigern der Handelsfrau deren ganzes Vermögen „ohne Rücksicht auf die Nutzungs- und Verwaltungsrechte des Ehemannes." Frage: Welches Vermögen ist in Art. 35 gemeint, dasjenige Vermögen, welches die Handelsfrau durch Geltendmachung ihres privilegirten Forderungsrechtes aus dem Konkurse des Ehemannes rettet, oder das im Momente der Verwirklichung der Haftung noch in natura vorhandene Vermögen, resp. dessen Steigerungserlös?

Durch den Konkurs des Ehemannes werden seine Schulden fällig (§§ 1603), also auch die von der Handelsfrau nach Art. 34 contrahirten Schulden, weil er, der Mann, der eigentliche Schuldner ist (§ 1638). Zugleich wird für den Fall, daß diese Handelsschulden aus der Masse des Mannes keine Befriedigung finden, der Regreß gegen die Ehefrau fällig (s. oben 3. $\alpha$.) und das Recht auf Befriedigung aus dem Vermögen derselben (§ 1662) ist vorhanden. Von diesem Momente an darf, soweit die Rechte der Handelsgläubiger gehen, auf die Verwaltungs- und Nutzungsrechte des Ehemannes keine Rücksicht mehr genommen werden. Dieser Moment tritt ein mit dem Konkurs; der Konkurs wird

konstatirt durch die Steigerung (§ 1595, al. 2), bei welcher noch in Ausübung des Verfügungsrechts des Mannes auch die Vermögenstheile der Ehefrau verkauft worden sind.

Mit dem Eintritte des Konkurses hören die Nutzungsrechte des Mannes, resp. seiner Geltstagsmasse am Vermögen der Ehefrau auf — soweit der Anspruch der Handelsgläubiger auf dasselbe reicht. Das Nutzungsrecht würde darin bestehen, daß der Erlös des Frauenvermögens mit der Masse verschmolzen und der Ehefrau nur ein priv. Forderungsrecht ($^2/_3$) eingeräumt würde. Daß ein solches Verfahren nicht zulässig ist, zeigt sich in folgendem Beispiele: Eine Frau, die ein blühendes Handelsgeschäft besitzt, heirathet einen Wittwer mit Kindern. Der Mann fällt in Konkurs, das bedeutende Waarenlager der Frau wird versteigert und der Erlös mit der Masse verschmolzen. Die Frau macht ihr priv. Forderungsrecht geltend, muß aber damit dem besser berechtigten Anspruche ihrer Stiefkinder auf deren Muttergut (§ 1643, litt. 4) weichen; die Handelsgläubiger der Frau erhalten Nichts, obschon ihnen das Vermögen derselben nach Art. 35 O.-R. ohne Nutzungsrecht des Mannes verhaftet ist. Ich zweifle keinen Augenblick daran, daß der Richter eine condictio sine causa der Handelsgläubiger gutheißen würde. — Ich komme zu folgendem Resultate meiner Auseinandersetzung:

a) Der Mann hat das Verwaltungs- und Nutzungsrecht des Frauenguts bis zu seinem Konkurse. Die bereits in sein Vermögen durch Ausübung des Verfügungsrechtes übergegangenen Vermögenstheile der Ehefrau können nicht mehr speziell den Handelsgläubigern verhaftet werden; letzteren steht dafür ein priv. Forderungsrecht ($^2/_3$) zu.

b) Der Erlös aber für noch in natura vorhandenes Frauengut ist in erster Linie den auf der Masse des Ehemannes nicht gelangenden Handelsgläubigern verhaftet.

c) Erst ein allfälliger Ueberschuß des Erlöses ist mit der Masse zu verschmelzen, wofür der Frau natürlich wieder ein priv. Forderungsrecht ($^2/_3$) zusteht.

Es kann durch dieses Verfahren sich allerdings der Fall ereignen, daß ältere, z. B. zugebrachte privilegirte Schulden der

Ehefrau nicht gedeckt werden (§ 1662), während gewöhnliche Forderungen der Handelsgläubiger von dem Erlöse z. B. des Waarenlagers vorab gelangen. Der Grund davon liegt darin, daß die Handelsfrau für Handelsschulden ohne, für andere Schulden aber mit Rücksicht auf die Nutzungsrechte des Ehemannes haftet.

6. Erbschaftsschulden. Nach § 1641 haben die Gläubiger des Erblassers, wenn der Erbe innert zwei Jahren vom Anfalle der Erbschaft an vergeldstagt wird, das Recht, vorzugsweise aus dem Erlöse der noch vorhandenen Vermögenstheile der Erbschaft befriedigt zu werden. Durch Spruch des Obergerichtes vom 9. Februar 1881 ist diese Gesetzesvorschrift auch auf den Fall ausgedehnt worden, wo die Ehefrau geerbt hat und der Ehemann innert zwei Jahren vom Anfalle der Erbschaft an in den Geldstag fällt. Solche Erbschaftsschulden der Frau sind in analoger Weise zu behandeln, wie die Handelsschulden, mit dem einzigen Unterschiede, daß der Mann für dieselben, weil zugebrachte Schulden (§ 215), nicht haftet.

VI. Im Falle des Konkurses eines Ehegatten entstehen, abgesehen von dem bereits behandelten privilegirten Forderungsrechte der Ehefrau, noch folgende, theils günstige, theils lästige Privilegien.

1. Wenn der Geltstag eines Ehemannes aufgehoben wird, so tritt das eheliche Güterverhältniß ipso jure wieder ein (s. oben II.). Dieser Wiedereintritt ist aber gegenüber solchen Gläubigern deren Forderungen vor dem Geldstage des Mannes entstanden sind, ohne Wirkung. Fällt also der Ehemann wieder in Konkurs, so dürfen die Ansprachen der genannten Gläubiger auf das Forderungsrecht der Ehefrau keinen Einfluß ausüben (§ 201)*).

*) „Wird in dem im § 200 angegebenen Falle die Fortdauer der Gütertrennung nicht verlangt, so tritt die Frau zu den neuen Gläubigern des Mannes in das gleiche Verhältniß, als wenn kein Geldstag stattgefunden hätte; jedoch haftet sie nicht ferner für solche Schulden, die bei dem Ausbruche des frühern Geldstages bereits vorhanden waren."

Das Forderungsrecht der Frau für ihr zugebrachtes Vermögen hat zu zwei Drittheilen privilegirten Rang; der letzte Drittheil geht allen übrigen Forderungen nach (§ 198). Gelangen nun im zweiten Geldstage des Ehemannes solche frühern, vor dem ersteu Geldstage entstandenen Schulden, so ist mit dem Betrage der Gelangenschaft zuerst die Frau für ihre ganze Ansprache (sowohl privilegirte, als nachgehende) zu befriedigen (§ 202)*); denn dieser Anspruch geht den Forderungen jener frühern Gläubiger vor. Der letzte Drittheil desselben geht aber nicht den Forderungen der übrigen Gläubiger vor und es ist deßhalb derjenige Betrag von gelangenden frühern Schulden, welcher diesem Drittheile zu Gute käme, den übrigen Gläubigern nach ihrem Range zuzuweisen.

2. Hat der Ehemann zugebrachte Schulden der Ehefrau während des ehelichen Güterverhältnisses**) bezahlt, so steht ihm, wenn die Frau nach geschehener Gütertrennung (§ 207, Absch. 1) in den Geldstag fällt, ein privilegirtes Forderungsrecht für den ganzen Betrag der bezahlten Schulden (§ 207, Absch. 2) zu***).

3. Die Frau haftet nach einer Gütertrennung [durch Tod****),

---

*) „Sollten bei einem zweiten oder nachfolgenden Geldstage frühere Schulden (§ 201) eingegeben werden und gelangen, so hat die Frau das Recht, von dem Gelaugten so viel zu Handen zu nehmen, als ihr Verlust beträgt.“

**) Urtheil des Obergerichts vom 11. Februar 1880.

***) § 207 lautet: Wenn der Mann nachweist, daß der Frau schon vor der Ehe oder während derselben mehr Schulden zugefallen sind, als ihr zugebrachtes Vermögen beträgt, so hat er das Recht, die Gütertrennung zu verlangen.

Hat der Mann bereits einen Theil der Schulden bezahlt, so kann er dafür in einem allfälligen Geldstage der Frau den Rang der besondern Vorzugsrechte und zwar vom Tage der Eingehung der Ehe, oder wenn die Schuld später angefallen wäre, vom Tage des Anfalls, einnehmen.

****) Mit dem Todestage des Ehemannes hört ipso jure das Güterverhältniß auf (§ 196); wird die Erbschaft nicht angetreten und der Konkurs über das Vermögen des Erblassers verpflogen, so darf also das Frauengut nicht zur Masse gezogen werden, sondern soll vorher durch einen Gütertrennungsakt ausgeschieden sein.

für das Forderungsrecht der Frau betrachtet, Reinert, pag. 135: „Diese Einrichtung (daß die Vermögenstheile der Frau ebenfalls zur Masse gezogen und versteigert werden), die schon vor dem Erscheinen des gegenwärtigen Gesetzes nach alter Uebung bestand, gewährt offenbar den Vortheil, daß der Werth des Vermögens mit einer Genauigkeit ausgemittelt wird, wie es durch eine Schatzung nie geschehen könnte. Die Frau selbst, sowie die Gläubiger, können diesen Werth dadurch erhöhen, daß sie selbst Angebote machen. Durch eine solche Erhöhung gewinnt die Frau, indem ihre Forderung größer wird, es gewinnen die Gläubiger, indem der beizutragende Drittheil wächst, und verlieren kann nur der unbesonnene Käufer, der zu theuer erwirbt.“ Mit Recht bemerkt aber der Bericht des Obergerichtes für das Jahr 1853: „.... Die Erfahrung zeigt, daß die Liegenschaften in weitaus den meisten Fällen an den Geldstagssteigerungen nicht ihren wahren Werth gelten. Die meisten Amtschreiber klagen, daß dabei häufig gar kein Angebot gemacht werde, so daß ihnen dann nur die Wahl bleibe, von sich aus Jemanden aufzusuchen, der sich um einen Spottpreis als Beständer einschreiben läßt, oder die Liegenschaften unverkauft zu lassen.... Das Resultat des Nachschlages kann nicht abgewartet werden.... Wir finden, es sei hier zu halten, wie bei allen übrigen im Geldstage erscheinenden Forderungen. Die Frau erscheint als Kreditorin ihres Mannes und als solche hat sie ihre Forderung zu belegen. Stützt sie sich bei der Berechnung ihres Vermögens bezüglich der zugebrachten Liegenschaften auf den Erwerbspreis, so wird der Amtschreiber als Vertreter der Masse zu untersuchen haben, ob solche Verhältnisse obwalten, welche die Forderung als zu hoch erscheinen lassen.... Das Obergericht hat am 20. September 1852 einen Fall beurtheilt, wo der Erwerbspreis als Basis angenommen worden, weil sich die Frau darauf gestützt hat und weil, wie es in den Erwägungen ausdrücklich heißt, keine Gründe angebracht worden waren, davon abzugehen und nicht, wie von einigen Seiten dieser Entscheid aufgefaßt worden, weil in allen Fällen der Erwerbspreis maßgebend sein müsse.“

V. Die Gläubiger der Ehefrau haben das Recht, ihre Ansprachen im Geltstage des Ehemannes einzugeben. § 1587 bestimmt:

„Innerhalb der zum Aufschreiben bestimmten Zeit soll der Amtschreiber das Geldstagsurtheil auskünden lassen mit der Aufforderung an die Gläubiger, ihre Ansprachen an dem Geldstager sowohl als seiner Ehefrau, die Titel derselben, die Unterpfänder, Mitschuldner, Bürgen und Währschaftsträger vor Verfluß von 45 Tagen der Amtschreiberei anzugeben.“

In dem Grundsatze, daß die Schulden der Frau im Geldstage des Mannes kollozirt werden, liegt nicht ausgesprochen, daß letzterer mit seinem Vermögen für alle Ansprachen der Frau hafte. Es ist bei jedem Falle genau zu unterscheiden.

1. Zugebrachte Schulden der Ehefrau. Der Ehemann hat über das zugebrachte Vermögen der Ehefrau freies Verfügungsrecht in dem Sinne, daß er für das Kapital verantwortlich bleibt (§ 190 cit.). Ein Drittheil des Frauenguts ist aber den Gläubigern des Mannes verhaftet (§ 198 cit.) Der Mann ist also in seinem Konkurse nur für zwei Drittheile des Vermögens der Frau verantwortlich; für deren Schulden haftet er nicht. § 1662 sagt deutlich: „Forderungen an der Frau des Geltstagers werden nach gesetzlicher Rangordnung auf das Vermögen angewiesen, das ihr aus dem Geldstage zufällt.“ Die zugebrachten Schulden der Frau werden also im Konkurse des Mannes nur deßhalb angemeldet, damit sie auf das Frauengut angewiesen werden können, nicht aber, weil der Mann für dieselben haftet. Es ist für mich auch völlig unerfindlich, nach welchem Rechtssatze der Mann für die zugebrachten Schulden der Frau haftbar gemacht werden könnte. Die Frau ist und bleibt die direkte Schuldnerin; die Verwaltungs- und Nutzungsrechte des Ehemannes können nicht bewirken, daß diese für die Verbindlichkeiten der Ehefrau einstehen muß. Und wenn auch der Mann die zugebrachten Aktiven der Ehefrau verwendet hat, ohne deren Schulden zu bezahlen, so kann doch nur von einer

Ersatzpflicht hinsichtlich der Aktiven, nicht aber von einer Haftbarkeit für die Schulden gesprochen werden. Aus dem Grundsatze, daß der Mann für die zugebrachten Schulden der Ehefrau nicht haftet resultirt: dieselben dürfen niemals aus der Masse des Mannes gedeckt werden. Es könnte zwar die Auffassung geltend gemacht werden, daß die Masse des Mannes, dem die Vormundschaft über die Frau zustand, zur vorläufigen Zahlung verpflichtet sei (in Analogie der Ausdehnung des Verfügungsrechtes des Mannes auf die Masse. S. oben III).

Diese Pflicht zur vorläufigen Zahlung mit dem zweifelhaften Regreß gegen die Ehefrau ist aber doch wieder eine Haftung, die sich gesetzlich nicht begründen läßt.

2. Deliktsschulden der Ehefrau. Diese sind gleich zu behandeln wie die zugebrachten Schulden.

3. Bürgschaftsschulden. Es ist zu unterscheiden:

a) Die Frau ist vor der Ehe eine Bürgschaft eingegangen. Die allfällig zu bezahlende Bürgschaftsschuld ist eine zugebrachte. § 218 *).

b) Die Frau hat sich während des ehelichen Güterverhältnisses (immerhin die Einwilligung des Ehemannes vorausgesetzt) als Bürge verpflichtet. Hier ist wieder auseinanderzuhalten:

*α*. Fällt der Moment, in welchem der Bürge zur Zahlung der Schuld angehalten werden kann, noch in die Zeit des Bestandes des ehelichen Güterverhältnisses, so wird die Schuld als eine während der Ehe entstandene betrachtet (§ 231) **). Nach

---

*) § 218. Wenn dem einen oder andern Theile wegen Bürgschaftsverpflichtungen, die er vor der Ehe eingegangen, während dem ehelichen Güterverhältnisse Schulden zufallen, so sind diese als zugebracht zu betrachten.

**) § 231. Wenn dem einen oder andern Theile wegen Bürgschaftsverpflichtungen, die er während der Ehe eingegangen, vor Auflösung des ehelichen Güterverhältnisses Schulden anfallen, so werden diese so angesehen, als seien sie während der Ehe entstanden. Eine Bürgschaftsschuld wird von dem Tage an als angefallen betrachtet, an welchem über den Hauptschuldner der Geldstag verpflogen wird, sofern die verbürgte Schuld wirklich in Verlust fällt.

§ 1638*) haftet für die während der Ehe entstandenen Schulden, auch wenn sie von der Ehefrau eingegangen worden sind, der Mann prinzipaliter, die Frau als Bürgin. Der Fall bleibt sich also gleich, ob die Frau sich zu Gunsten des Mannes oder eines Dritten verbürgt hat: zuerst haftet der Mann und erst in zweiter Linie die Ehefrau. Nach § 1603 werden alle Schulden des Geldstagers fällig. Die Praxis hat bis heute mit dem Zeitpunkte der Fälligkeit der Schuld auch den Regreß gegen den Bürgen als existent betrachtet und die nicht gelangenden Schulden des Ehemannes, für welche sich die Ehefrau verbürgt hatte, nach § 1662 cit. auf das Vermögen angewiesen, welches letztere aus dem Geldstage bezieht. Diese Praxis, welche sich auf obergerichtliche Urtheile stützt, ist vielfach angegriffen worden. Nach Art. 500 des O.-R. wird der Regreß gegen den Bürgen durch den Konkurs des Schuldners noch nicht existent, wenn die Schuld einen spätern Fälligkeitstermin hat. In diesem Falle darf ohne Zweifel auf das Vermögen der Ehefrau nicht mehr angewiesen werden.

β. Tritt der Zeitpunkt, in welchem die Frau für die Bürgschaft belangt werden kann, nach der Auflösung des Güterverhältnisses (durch den Konkurs des Ehemannes s. oben I., 1.) ein, so haftet sie einzig, § 238**), und es kann somit eine spätere Eingabe in den Konkurs des Ehemannes nicht gemacht werden. Es wird für diesen Fall die Frage äußerst wichtig: in welchem Momente hört das Güterverhältniß durch den Konkurs des Ehemannes auf? Die Antwort gibt uns § 1595, al. 2: „Er (der Geldstag) erhält das Datum des Verkaufs oder, wenn keine verkäufliche Erbschaft vorhanden ist, der Auskündung."

---

*) § 1638. Hat die Frau, während des ehelichen Güterverhältnisses mit Einwilligung des Mannes Schulden gemacht, und hat eine Gütertrennung nicht stattgefunden, so erhalten die Gläubiger im Geldstage des Mannes den gleichen Rang, den sie im Geldstage der Frau erhalten würden. Die Frau haftet ihnen, wie wenn sie sich als Bürgin verschrieben hätte.

Diese Haftung erstreckt sich jedoch nicht auf Ansprachen, die für Anschaffung gewöhnlicher Haushaltungsbedürfnisse gemacht werden (§ 193).

**) § 238. Bürgschaftsschulden, die nach der Gütertrennung für während der Ehe eingegangene Verpflichtungen anfallen, haften einzig auf jener Partei, welche die Bürgschaftsverpflichtung eingegangen ist.

5. Schulden aus einem Gewerbe oder Handel. Diese sind entweder zugebrachte (V., 1.) oder während der Ehe entstandene (V., 4).

Da der Ehemann die Einwilligung zum Handels- oder Gewerbebetrieb der Ehefrau geben muß (Art. 35), so sind alle von der letztern in Ausübung ihres Handels kontrahirten Schulden nach § 1638 cit. zu beurtheilen, d. h. der Ehemann haftet in erster Linie, die Ehefrau, „wie wenn sie sich als Bürgin verschrieben hätte". Dieser Ausdruck des Gesetzes darf nicht dahin gedeutet werden, daß nunmehr die Handelsfrau im Sinne der Bürgschaft des O.-R. hafte und also auch das Beneficium des Art. 500 genieße. Die subsidiäre Haftpflicht der Ehefrau muß ohne Zweifel nach dem bisherigen solothurnischen Bürgschaftsrechte behandelt werden; es ist somit an dem Grundsatze fest zu halten, daß durch den Geldstag des Schuldners (des Ehemannes) auch der Anspruch gegen den Bürgen (die Ehefrau) fällig wird.

Das O.-R. Art. 35 verhaftet den Gläubigern der Handelsfrau deren ganzes Vermögen „ohne Rücksicht auf die Nutzungs- und Verwaltungsrechte des Ehemannes." Frage: Welches Vermögen ist in Art. 35 gemeint, dasjenige Vermögen, welches die Handelsfrau durch Geltendmachung ihres privilegirten Forderungsrechtes aus dem Konkurse des Ehemannes rettet, oder das im Momente der Verwirklichung der Haftung noch in natura vorhandene Vermögen, resp. dessen Steigerungserlös?

Durch den Konkurs des Ehemannes werden seine Schulden fällig (§§ 1603), also auch die von der Handelsfrau nach Art. 34 contrahirten Schulden, weil er, der Mann, der eigentliche Schuldner ist (§ 1638). Zugleich wird für den Fall, daß diese Handelsschulden aus der Masse des Mannes keine Befriedigung finden, der Regreß gegen die Ehefrau fällig (s. oben 3. *a.*) und das Recht auf Befriedigung aus dem Vermögen derselben (§ 1662) ist vorhanden. Von diesem Momente an darf, soweit die Rechte der Handelsgläubiger gehen, auf die Verwaltungs- und Nutzungsrechte des Ehemannes keine Rücksicht mehr genommen werden. Dieser Moment tritt ein mit dem Konkurs; der Konkurs wird

konstatirt durch die Steigerung (§ 1595, al. 2), bei welcher **noch** in Ausübung des Verfügungsrechts des Mannes auch die Vermögenstheile der Ehefrau verkauft worden sind.

Mit dem Eintritte des Konkurses hören die Nutzungsrechte des Mannes, resp. seiner Geltstagsmasse am Vermögen der Ehefrau auf — **soweit** der Anspruch der Handelsgläubiger auf dasselbe reicht. Das Nutzungsrecht würde darin bestehen, daß der Erlös des Frauenvermögens mit der Masse verschmolzen und der Ehefrau nur ein priv. Forderungsrecht (2/3) eingeräumt würde. Daß ein solches Verfahren nicht zulässig ist, zeigt sich in folgendem Beispiele: Eine Frau, die ein blühendes Handelsgeschäft besitzt, heirathet einen Wittwer mit Kindern. Der Mann fällt in Konkurs, das bedeutende Waarenlager der Frau wird versteigert und der Erlös mit der Masse verschmolzen. Die Frau macht ihr priv. Forderungsrecht geltend, muß aber damit dem besser berechtigten Anspruche ihrer Stiefkinder auf deren Muttergut (§ 1643, litt. 4) weichen; die Handelsgläubiger der Frau erhalten Nichts, obschon ihnen das Vermögen derselben nach Art. 35 O.-R. **ohne Nutzungsrecht** des Mannes verhaftet ist. Ich zweifle keinen Augenblick daran, daß der Richter eine condictio sine causa der Handelsgläubiger gutheißen würde. — Ich komme zu folgendem Resultate meiner Auseinandersetzung:

a) Der Mann hat das Verwaltungs- und Nutzungsrecht des Frauenguts bis zu seinem Konkurse. Die bereits in sein Vermögen durch Ausübung des Verfügungsrechtes übergegangenen Vermögenstheile der Ehefrau können nicht mehr speziell den Handelsgläubigern verhaftet werden; letzteren steht dafür ein priv. Forderungsrecht (2/3) zu.

b) Der Erlös aber für noch in natura vorhandenes Frauengut ist in erster Linie den auf der Masse des Ehemannes nicht gelangenden Handelsgläubigern verhaftet.

c) Erst ein allfälliger Ueberschuß des Erlöses ist mit der Masse zu verschmelzen, wofür der Frau natürlich wieder ein priv. Forderungsrecht (2/3) zusteht.

Es kann durch dieses Verfahren sich allerdings der Fall ereignen, daß ältere, z. B. zugebrachte privilegirte Schulden der

Ehefrau nicht gedeckt werden (§ 1662), während gewöhnliche Forderungen der Handelsgläubiger von dem Erlöse z. B. des Waarenlagers vorab gelangen. Der Grund davon liegt darin, daß die Handelsfrau für Handelsschulden ohne, für andere Schulden aber mit Rücksicht auf die Nutzungsrechte des Ehemannes haftet.

6. Erbschaftsschulden. Nach § 1641 haben die Gläubiger des Erblassers, wenn der Erbe innert zwei Jahren vom Anfalle der Erbschaft an vergeldstagt wird, das Recht, vorzugsweise aus dem Erlöse der noch vorhandenen Vermögenstheile der Erbschaft befriedigt zu werden. Durch Spruch des Obergerichtes vom 9. Februar 1881 ist diese Gesetzesvorschrift auch auf den Fall ausgedehnt worden, wo die Ehefrau geerbt hat und der Ehemann innert zwei Jahren vom Anfalle der Erbschaft an in den Geldstag fällt. Solche Erbschaftsschulden der Frau sind in analoger Weise zu behandeln, wie die Handelsschulden, mit dem einzigen Unterschiede, daß der Mann für dieselben, weil zugebrachte Schulden (§ 215), nicht haftet.

VI. Im Falle des Konkurses eines Ehegatten entstehen, abgesehen von dem bereits behandelten privilegirten Forderungsrechte der Ehefrau, noch folgende, theils günstige, theils lästige Privilegien.

1. Wenn der Geltstag eines Ehemannes aufgehoben wird, so tritt das eheliche Güterverhältniß ipso jure wieder ein (s. oben II.). Dieser Wiedereintritt ist aber gegenüber solchen Gläubigern deren Forderungen vor dem Geldstage des Mannes entstanden sind, ohne Wirkung. Fällt also der Ehemann wieder in Konkurs, so dürfen die Ansprachen der genannten Gläubiger auf das Forderungsrecht der Ehefrau keinen Einfluß ausüben (§ 201) *).

*) „Wird in dem im § 200 angegebenen Falle die Fortdauer der Gütertrennung nicht verlangt, so tritt die Frau zu den neuen Gläubigern des Mannes in das gleiche Verhältniß, als wenn kein Geldstag stattgefunden hätte; jedoch haftet sie nicht ferner für solche Schulden, die bei dem Ausbruche des frühern Geldstages bereits vorhanden waren."

Das Forderungsrecht der Frau für ihr zugebrachtes Vermögen hat zu zwei Drittheilen privilegirten Rang; der letzte Drittheil geht allen übrigen Forderungen nach (§ 198). Gelangen nun im zweiten Geldstage des Ehemannes solche frühern, vor dem ersteu Geldstage entstandenen Schulden, so ist mit dem Betrage der Gelangenschaft zuerst die Frau für ihre ganze Ansprache (sowohl privilegirte, als nachgehende) zu befriedigen (§ 202)*); denn dieser Anspruch geht den Forderungen jener frühern Gläubiger vor. Der letzte Drittheil desselben geht aber nicht den Forderungen der übrigen Gläubiger vor und es ist deßhalb derjenige Betrag von gelangenden frühern Schulden, welcher diesem Drittheile zu Gute käme, den übrigen Gläubigern nach ihrem Range zuzuweisen.

2. Hat der Ehemann zugebrachte Schulden der Ehefrau während des ehelichen Güterverhältnisses**) bezahlt, so steht ihm, wenn die Frau nach geschehener Gütertrennung (§ 207, Absch. 1) in den Geldstag fällt, ein privilegirtes Forderungsrecht für den ganzen Betrag der bezahlten Schulden (§ 207, Absch. 2) zu***).

3. Die Frau haftet nach einer Gütertrennung [durch Tod****),

---

*) „Sollten bei einem zweiten oder nachfolgenden Geldstage frühere Schulden (§ 201) eingegeben werden und gelangen, so hat die Frau das Recht, von dem Gelaugten so viel zu Handen zu nehmen, als ihr Verlust beträgt.“

**) Urtheil des Obergerichts vom 11. Februar 1880.

***) § 207 lautet: Wenn der Mann nachweist, daß der Frau schon vor der Ehe oder während derselben mehr Schulden zugefallen sind, als ihr zugebrachtes Vermögen beträgt, so hat er das Recht, die Gütertrennung zu verlangen.

Hat der Mann bereits einen Theil der Schulden bezahlt, so kann er dafür in einem allfälligen Geldstage der Frau den Rang der besondern Vorzugsrechte und zwar vom Tage der Eingehung der Ehe, oder wenn die Schuld später angefallen wäre, vom Tage des Anfalls, einnehmen.

****) Mit dem Todestage des Ehemannes hört ipso jure das Güterverhältniß auf (§ 196); wird die Erbschaft nicht angetreten und der Konkurs über das Vermögen des Erblassers verpflogen, so darf also das Frauengut nicht zur Masse gezogen werden, sondern soll vorher durch einen Gütertrennungsakt ausgeschieden sein.

gerichtliches Urtheil und Konkurs *), § 196 **)] noch 10 Jahre mit dem Drittheil desjenigen Vermögens, das ihr bei der Trennung zugetheilt worden ist (resp. das sie bei der Trennung besitzt, s. oben III., 2), für die während der Ehe (d. h. der Dauer des ehelichen Güterrechtes) entstandenen Schulden. Fällt also der Mann während des Zeitraumes von 10 Jahren in Konkurs, so können die betr. Gläubiger die Frau für den Drittheil belangen.

Nach einem Spruche des Obergerichts vom 27. September und 14. Oktober 1878 soll das Verfahren so geschehen, daß die Frau den Drittheil der Amtschreiberei aushändigt, welche dann den berechtigten Gläubiger der Rangordnung nach anweist. Diese Rangordnung ist aber für alle Gläubiger die gleiche. Die Frau haftet nicht prinzipaliter, sondern nur für den Fall, daß der Ehemann nicht bezahlt. Ihre Haftung ist ein gesetzliches Garantieverhältniß, welches nach den Bestimmungen über die Bürgschaft zu beurtheilen ist. Forderungen aus Bürgschaftsverpflichtungen sind aber vertraute Ansprachen und haben unter sich gleichen Rang (§ 1645). Der betr. Drittheil muß also unter die Gläubiger pro rata der Forderungen vertheilt werden. — Zu bemerken ist noch, daß der Drittheil nur von demjenigen Vermögen berechnet werden kann, das die Frau wirklich erhalten hat, nicht von demjenigen, das ihr blos zugewiesen worden ist.

4. Der Frau steht anderseits ein privilegirtes Forderungsrecht für das ihr im Gütertrennungsakte zugewiesene aber nicht aushin gegebene Vermögen zu, wenn der Geldstag des Mannes innert 10 Jahren von der Trennung an erfolgt (§ 1643 Ziff. 2) ***). Ein Drittheil davon muß sie dann allerdings,

---

*) Aber nur da, wo sich die Frau durch Ehetag (§ 1325) das Verfügungsrecht vorbehalten hat (s. oben III., 2) In allen andern Fällen wird ja das Frauenvermögen zur Masse gezogen.

**) „Das eheliche Güterverhältniß hört auf:
1. In Folge Absterbens des einen Ehegatten;
2. in Folge Geldstages des Mannes;
3. durch gerichtliches Urtheil.“

***) „Hat zwischen den Eheleuten vor dem Geldstag eine Gütertrennung stattgefunden, so hat die Frau innert 10 Jahren von der Trennung an ihr Zubringen in der fünften Klasse zu fordern.“

wenn die Voraussetzungen der vorigen Ziffer zutreffen, wieder einwerfen.

Diese Privilegien (sc. die der §§ 207 Abs. 2, 236 und 1643 Ziff. 2) sind privilegia personæ und gehen nicht auf die Erben über (§ 1484); wohl aber können sie (sc. die der §§ 207 Abs. 2 und 1643 Ziff. 2) entgeltlich abgetreten werden (vergl. l. 24 § 3 Dig. 42, 5 und l. 2 Dig. 42, 3).

# Literarische Anzeigen und Besprechungen.

## I. Strafrecht.

1. Von der Dochow-Liszt'schen Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft, auf die bereits früher (Bd. 17, S. 679 ff.) von einem verehrten Mitarbeiter hingewiesen wurde, liegen uns soeben Heft 3 und 4 des II. Bandes vor. — Angesichts einer gewissen Erschlaffung, welche bei uns im Kanton Bern — vielleicht auch anderswo in der Schweiz — in Bezug auf das Interesse der wissenschaftlich gebildeten Juristen für die Lehre und Pflege des Kriminalrechts seit einiger Zeit Platz zu greifen scheint, — eine Erscheinung, die mit der vortrefflichen Vertretung, welche die Kriminalwissenschaften an unserer Hochschule seit Jahren genossen haben, in seltsamem Kontrast steht, und doch jeweilen auch in den dießbezüglichen Prüfungsarbeiten der Rechtskandidaten in bisweilen peinlicher Weise zu Tage tritt, und die freilich mit der irrigen, aber mancherorts zu Tage tretenden Meinung in Zusammenhang stehen dürfte, als ob das öffentlich mündliche Verfahren eine gewisse Oberflächlichkeit in der Behandlung der Rechtsfragen ab Seiten der Parteianwälte zur nothwendigen Begleiterin haben müßte, — unter solchen Umständen, sagen wir, dürfen wir uns wohl erlauben, darauf hinzuweisen, wie die deutsche Wissenschaft fort und fort auch diesem Gebiet der Rechtskunde eine eingehende und liebevolle Pflege schenkt. — Daß eine fortwährende Bewegung auf dem Boden der sog. Strafrechtstheorien stattfindet, die auf die Gesetzgebung und Rechtsanwendung nicht ohne Einfluß bleibt, zeigt uns zunächst der Aufsatz des in neuester Zeit durch seine Opposition gegen übertriebene Humanität in Behandlung der Verbrecher be-

rühmt gewordenen nunmehrigen Reichsgerichtsraths Mittelstädt: Für und wider die Freiheitsstrafen. Hat der Verfasser früher, in seiner von weitesten Kreisen besprochenen und vielfach angefochtenen Schrift „Gegen die Freiheitsstrafen“ verlangt, daß in dieser Strafart nicht das einzige Heil gesucht werden dürfe, und daß sie, um empfindlich zu sein, nicht als bloßes Besserungsmittel, daher nicht als bloße Einschließung, „zum Zeitvertreibe ausgefüllt mit reglementirter Beschäftigungsweise“ „zu gestalten sei, sondern nach alter Weise mit Verschärfungen wie Hunger und Prügel, verbunden werden müsse“, so erklärt er jetzt diese Verschärfungen als Accessorien „von mehr willkürlicher nebensächlicher und stark bestrittener Art“, fordert aber eine eigentliche Zwangsarbeit als unentbehrliche Zugabe jeder schweren Freiheitsstrafe. Die letztere soll eine Strafknechtschaft sein: ein „harter, peinvoller Arbeitszwang“, „der schmerzlich fühlbare, unmittelbar aufgezwungene Druck einer der Art wie dem Maße nach schwer lastenden Arbeitspein“ soll „der Freiheitsstrafe ihren eigentlichen Inhalt verleihen“. — Denn nicht ein in den meisten Fällen doch unerreichbarer (woher sonst die vielen Recidivisten?) Besserungszweck, sondern die Gerechtigkeit, — nicht Wohlthat, sondern Züchtigung, — liegt der Strafe zu Grunde, wie nach den Anführungen des Verfassers neuestens wieder mehr und mehr anerkannt wird; nicht der Vollzugsbeamte resp. Gefängnißdirektor, sondern der Richter hat die Dauer der Strafe zu bemessen. Dabei wird dann dem ausschließlich humanitären Gesichtspunkt, wie er in den Gefängnißkongressen zu Tage tritt, der Zutritt zur Strafrechtswissenschaft verwehrt, welch letztere sich endlich „auf ihren Beruf zurückbesonnen“ habe und „endlich der lässigen Duldung des Besserungszwecks, der als trüber Rückstand der relativen und der Vereinigungstheorien in der Doktrin ein fragwürdiges Dasein fortfristete, innerhalb ihres Gebiets die Grenzen zog.“ — Ueberhaupt, so argumentirt der Verfasser im Weitern, sind rein ethische Gesichtspunkte in der Strafrechtspflege nicht zu brauchen; ins Inn're der Natur und des Menschen, hier des Verbrechers, dringt kein erschaff'ner Geist; die endliche Vergeltung von Gut und Böse liegt nicht in der Hand des irdischen Richters; daher ist auch die sonst so gepriesene Individualisirung des Schuldmomentes in jedem einzelnen Fall nicht vom Guten, und die Gesetzgebung muß der Strafzumessung wieder engere Schranken stecken, dem System der absoluten Strafdrohungen sich nähern; für das Ethische selbst, für einen absoluten Maßstab, was Gut, was Böse, fehlt der heutigen Zeit das einheitliche Bewußtsein: Religion und Philosophie sind der Masse wie den Gebildeten ab-

handen gekommen; es bleibt noch das große Wort Humanität, — „der Kultus des Menschengeschlechts, die dogmatische Verehrung der Menschheit und ihrer unbegrenzten Perfektibilität." Wie nun der Verfasser auch dieses Ideal mit dem eisernen Hammer seiner schneidigen Dialektik zerschlägt, möge man bei ihm selber nachlesen; es klingt fast wie Faust's Fluch auf alle „gute Meinung", die den Sinn der Menschen mit „Blend- und Schmeichelwerk umspannt".

Als Konlusion ergibt sich nun mit des Verfasser's Worten: „Ist es ein Gebot des Strafrechts, daß die Strafe ein Uebel darstellt, und ist es ein Gebot der Gerechtigkeit, daß die Größe des Strafübels dem Gesetze und dem positiven Rechte entspricht, welche allein das Unrecht und seine Strafbarkeit bestimmen, so müssen auch die Freiheitsstrafen, soweit die Strafrechtspflege ihrer nicht entbehren kann, nicht allein nach ihrem Inhalt, sondern auch nach ihrer Dauer einfacheren, bestimmteren, absoluteren Normen unterworfen werden."

Und die Umkehr zu diesen Ansichten, die sich den Feuerbach'schen nähern, erwartet der Verfasser von dem Einfluß der Erfahrungen, welche eine nicht ferne Zukunft bei dem Fortgehen auf den jetzigen Wegen unfehlbar bringen werde.

Es ist eine mit schonungsloser Strenge geschriebene Kritik des modernen Zeitbewußtseins in Betreff der Theorie und Anwendung des Strafrechts, die uns hier vorliegt; dem ganzen bei uns so sehr in Gunst stehenden *) System der provisorischen Freilassung wird die Axt an die Wurzel gelegt. Wir möchten dasselbe immerhin den gewohnheitsmäßigen und allzuhäufigen Begnadigungen vorziehen, unter der Voraussetzung, daß für die Ueberwachung der Beurlaubten passende Organe gefunden werden. Ueberhaupt soll und darf der Staat nach unserm Dafürhalten die sittliche Hebung des Verbrechers neben dem eigentlichen Strafzweck nicht aus dem Auge verlieren; die Aufgabe besteht nur darin, daß in dieser Beziehung die richtigen Mittel gefunden und zur Anwendung gebracht werden.

Die Tendenzen Mittelstädt's sind indessen auch vom prinzipiellen Gesichtspunkt aus angefochten worden, wie uns im Aufsatz von Amtsrichter Willert (S. 473—496) über „das Postulat der Abschaffung des Strafmaßes und die dagegen erhobenen Einwendungen" zeigt. So hat Kräpelin (die Abschaffung des Strafmaßes, Stuttg. 1880) die Frage des Strafzweckes gewiß

*) Vgl. die „Verhandlungen des schweiz. Vereins für Straf- und Gefängnißwesen in Liestal" vom Jahr 1880.

auf den richtigen Boden zurückgeführt, wenn er als solchen den Schutz der Gesellschaft bezeichnet, aber zugleich als den für das Gemeinwohl ersprießlichsten und rationellsten Schutz die Erziehung des Verbrechers zu einem brauchbaren Mitgliede der Gesellschaft, das ist die Besserung, erklärt, und erst dort, wo das Resultat nicht zu erreichen ist, die Unschädlichmachung desselben unter rationellster Ausnutzung seiner Arbeitskräfte für die Gesammtheit fordert. Die Besserungstheorie ist ihm wie dem Verfasser des Aufsatzes nichts anderes als angewandte Schutztheorie. Wenn letzterer aber zu dem Resultate, daß die künftige Lösung der Frage in der Abschaffung des richterlichen Strafmaßes zu finden sei, wonach der Richter nur die Uebergabe des Schuldigen an die Strafanstalt auszusprechen hätte, und Letzterer das weitere Schicksal des Strafgefangenen für seine ganze Lebenszeit überlassen werden müßte, so wird damit eine völlige Umkehrung der Rechtsbegriffe sanktionirt und den Gefängnißbeamten eine Menschenkenntniß zugetraut, die sie selbst nach „obligatorischer Absolvirung eines praktischen Kursus in der Irrenanstalt“ niemals erlangen dürften.

Im Weitern bringt die vorliegende Lieferung ein aus der Feder Binding's geflossenes Gutachten der Leipziger Juristenfakultät über den „Begriff unzüchtiger Handlungen und unzüchtiger Schriften“, welches von Buchhändlern provozirt worden war und insbesondere die Frage zu beantworten hatte, ob Boccaccio's Dekameron und die Memoiren des Faublas strafrechtlich verfolgbar seien. Die Frage wird, gestützt auf eine äußerst fein durchgeführte Prüfung der in Betracht kommenden Begriffe und des Inhalts sowie der Tendenz beider Schriften, für letztere bejaht, für erstere dagegen verneint.

Aus dem reichen Stoff heben wir ferner hervor: eine rechtsphilosophische Abhandlung von Dr. F. Haupt in Dresden „zur Lehre von den Unterlassungsdelikten“, den sorgfältigen Literaturbericht (S. 613—637), aus dem wir u. A. mit Vergnügen entnehmen, daß Ihering mit Ausarbeitung des 2. Bandes von „Zweck im Recht“ beschäftigt ist; über die Grundgedanken dieser Arbeit werden aus dem „Jahrbuch f. Gesetzgebung“ Mittheilungen gemacht (S. 614 ff.). In der ausländischen Rundschau (S. 565—612) finden wir z. B. Berichte über ein neues schwedisches Militärstrafgesetzbuch, das in deutscher Uebersetzung als Beilage wörtlich abgedruckt ist, über den österreichischen und den russischen St.-G.-B.-Entwurf (beide mit Todesstrafe); eine längere Erörterung von Prof. Hilty in Bern über den Entwurf eines schweiz. Militärstrafgesetzbuches mit interessanter

geschichtlicher Einleitnng und lichtvoller Darstellung der zur Geltung gebrachten Grundsätze. Die Chronologie der Strafgesetzgebung (S. 636 ff.) enthält die einschlagenden Gesetzeserlasse Deutschlands und anderer Staaten; es folgt eine internationale Chronik über Bestrebungen und Berathungen auf dem Gebiete des Kriminalrechts und der Gesetzgebung in europäischen und außereuropäischen Ländern, endlich (S. 673—686) kürzere „bibliographische Notizen", ebenfalls aus allen Ländern.

Bei dem so gediegenen als vielseitigen Inhalt ist diese Zeitschrift äußerst billig (12 M. pr. Jahr).*)

2. Die Frage von der Strafverjährung in dem Fall, daß der Verurtheilte während der Verjährungsfrist in einer auswärtigen Strafanstalt sich befindet, wird besprochen in einem Rekurs an den h. Kantonsrath des Kts. Solothurn (Solothurn 1882) von W. Fürholz, Fürsprecher.

## II. Staatsrecht.

1. *Les droits des étrangers en Suisse et le Congrès socialiste universel,* par M. Aloïs d'Orelli, Professeur à l'Université de Zurich (erschienen in: Revue de droit international et de législation comparée, Tome XIV, N° 2, Bruxelles et Leipzig, 1882).

Eine eingehende sachliche Darstellung der Veranlassung, des Verlaufes und Ausganges des Rekurses der Minderheit des Kantonsrathes von Zürich bezw. einer Anzahl Züricher Kantonsbürger und der Veranstalter des sozialistischen Kongresses gegen das Verbot des letztern durch den Regierungsrath. Besonders interessant ist die Auseinandersetzung der wirklichen Erwägungsgründe der Mehrheit des Bundesgerichts bei der Sitzung vom 24. Sept. 1881, welche in der That von der schriftlichen Motivirung (A. S., Bd. 7, S. 512 ff.) erheblich abweicht. Denn nach Orelli's Darstellung stützte sich die Mehrheit des B.-G. gerade auf die in Art. 5 der Motive bekämpfte Anschauung, daß das Vereins- und Versammlungsrecht ein positives Recht der Staatsbürger, nicht ein allgemein menschliches Grundrecht sei, und berief sich dafür auf Holtzendorff und Bluntschli, — während in dem Urtheil gesagt wird, es sei ein Grund durchaus nicht erfindlich, warum bei der Auslegung der Züricher Kantonsverfassung andere

*) Auch Bd. III, Heft 1, ist erschienen. An Stelle des verstorbenen Prof. Dochow ist Prof. v. Lilienthal in Zürich als Herausgeber getreten.



Regeln angewendet werden sollten, als bei jedem andern Gesetze, und da nun im heutigen internationalen Rechte der Grundsatz feststehe, daß auch Ausländer als Rechtssubjekte anerkannt und geschützt werden, so müsse auch jene Gewährleistung des Versammlungsrechtes den Fremden wie den Einheimischen zu Gute kommen. Dagegen wird dann in den fernern Erwägungsgründen unterschieden zwischen solchen Ausländern, die im Kanton Zürich domizilirt, und solchen die im Auslande domizilirt sind; erstern wird das Recht der Versammlung unter sich und mit Staatsbürgern zugesprochen, nicht aber das Recht, Versammlungen mit solchen Personen abzuhalten, die der inländischen Territorialhoheit gar nicht unterworfen, bezw. zur Anrufung der von ihr zugesicherten verfassungsmäßigen Rechte nicht befugt seien.

Sehr bemerkenswerth ist nun ein von einem der Redaktoren der Revue, Hrn. Prof. Arntz in Brüssel, zu dem Aufsatz des Hrn. v. Orelli gemachter Zusatz, in welchem zu beweisen versucht wird, daß die „staatsbürgerlichen Rechte“ der Züricher Verfassung wahre Grundrechte seien, die Jedem, dem Fremden wie dem Einheimischen, zukommen, wie die Garantie der persönlichen Freiheit, des Hausrechts, der Meinungsäußerung in Wort und Druck u. s. w.; in Belgien wird in dieser Beziehung kein Unterschied gemacht; allerdings ist die Frage dort durch einen besondern Verfassungsartikel erledigt, welcher lautet: « Tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi. » — Man weiß denn auch, daß Kongresse der einschlägigen Art in Belgien durchaus nicht verboten worden sind. —

2. Sammlung der Gesetze, Verordnungen und Instruktionen über das Gemeinde-, Armen- und Niederlassungswesen und die Armenpolizei im Kanton Bern. Neue, vermehrte, von den Direktionen des Gemeinde- und des Armenwesens veranstaltete und mit dem Originaltext übereinstimmende Auflage. Bern, Jenni, 1882. 174 S. 8⁰.

Enthält nicht weniger als 43 verschiedene Erlasse über die im Titel genannten Theile des bern. Verwaltungsrechts, so z. B. auch die Reglemente der kant. Armen- und Rettungsanstalten, verschiedene Kreisschreiben und andere Mittheilungen über die Behandlung landesfremder Personen. Die im Laufe der Zeit eingeführten Abänderungen bestehender Gesetze sind gehörig angemerkt. — Die Sammlung hat ganz besondern Werth für Alle,

die mit dem Gemeinde- und Armenwesen in Berührung kommen, indem ihnen das Nachschlagen in der umfangreichen allgemeinen „Sammlung der Gesetze und Dekrete“ erspart wird, sowie für Beamte und Juristen anderer Kantone, welche in einschlägigen Angelegenheiten mit dem Kt. Bern im Verkehr zu treten haben

## III. Privatrecht und Handelsrecht.

Die Einführung des Obligationenrechts steht unmittelbar bevor; die Freude, welche man bei dessen Annahme in der Schweiz im Allgemeinen empfand, beginnt, wenn wir uns nicht täuschen, einer etwas beklommenen Stimmung Platz zu machen. Die Schwierigkeiten, welche die Herstellung der Uebereinstimmung zwischen den kantonalen Rechten und dem Bundes-Codex verursacht, zeigen sich eher größer als erwartet wurde. Es ist daher ein dankenswerthes Unternehmen, die Aufnahme des neuen Rechtsstoffes den Juristen und Laien zu erleichtern durch erklärende Darstellungen aller Art. Zunächst ist zu erwähnen der mit lobenswerther Raschheit zu Ende geführte Kommentar von Schneider und Fick, dem unter den bezüglichen Arbeiten der erste Rang gebührt und welcher durch den Nachweis über die legislative Entstehung vieler Einzelbestimmungen besonders werthvoll ist. Die Schlußlieferung enthält eine Anzahl Ergänzungen und Berichtigungen, ein Sachregister und den vollständigen Abdruck der Bundesgesetze über das Transportwesen (incl. Post), der eidg. Haftpflichtgesetze und der bundesrätlichen Verordnung über Handelsregister und Handelsamtsblatt.

Neu hinzugekommen sind:

1. Vogt, Prof. Dr. E., Leichtfaßliche Anleitung zur Anwendung des schweiz. Obligationenrechtes im alten Theile des Kts. Bern. I. Heft, Bern, Jenni, 1882, 160 S. gr. 8°.

In gedrängtem Rahmen, in einzelnen Theilen mehr den Bedürfnissen eines juristischen Leserkreises, als dem Horizonte des eigentlichen Laien entsprechend, bietet die Schrift dem Juristen viel Stoff dar; die Gegensätze und Uebereinstimmungspunkte der alten und neuen Gesetzgebung sind scharf gezeichnet und es ist der Verfasser redlich bestrebt, durch aus dem Leben gegriffene Beispiele das Gebotene Jedem verständlich zu machen; die Aufgabe war besonders im allgemeinen Theil, mit dem sich dieses Heft befaßt, keine leichte. Daß manche Bestimmung trotz der Vorzüglichkeit, die ihr vom theoretischen Gesichtspunkte aus innewohnt, der Praxis große Schwierigkeiten bereiten werde, wird an verschiedenen Stellen an-

erkannt (S. 75, betr. „Mahnung“, S. 100, Berechnung der Verjährungsfristen), während dem Vf. Bestimmungen, welche „Prozesse abschneiden“, als „Rückschritt“ vorkommen (S. 43); überhaupt ist er ein großer Freund jener elastischen Bestimmungen, wo dem Richter nicht nur höchste Weisheit, ja beinahe Allwissenheit, sondern auch Allgegenwart zugemuthet wird, und die unvermeidlichen Nachtheile jedes Prozesses, Zeitverlust, Kosten, Animosität u. s. w., ganz übersehen werden. Zu weit geht ihm aber doch jenes richterliche Ermäßigungsrecht bei Konventionalstrafen, das aus dem Züricher Recht herübergenommen wurde (S. 119). Hier wird dem Gesetzgeber Bevormundung der Parteien vorgeworfen; weniger direkt zeigt sich eine solche auch in manchen andern Fällen, z. B. Art. 2: Ergänzung von „Nebenpunkten“ durch den Richter, wo eine Partei sich noch gar nicht für gebunden hielt, dies aber nicht mit voller Deutlichkeit zu erkennen gab (S. 36); ferner Art. 114, Abs. 2: Wegbedingen der Haftpflicht aus leichtem Verschulden; die juristisch nicht zu rechtfertigende Bestimmung des Art. 58 (Verurtheilung des Unzurechnungsfähigen) finde ich nicht erwähnt, obschon sie dem bisherigen bernischen Rechte fremd ist. Einige Einzelbemerkungen werden nach Erscheinen des zweiten Heftes nachgetragen werden. Die Benutzung der Arbeit hätte wohl ohne große Mühe, durch bessere Veranstaltungen im Aeußern, Auseinanderhalten der verschiedenen Gegenstände für den ersten Blick, bedeutend erleichtert werden können; der Inhalt wäre in einem bessern Gewande besser genießbar geworden.

2. Das schweizerische Obligationenrecht. Textausgabe mit Anmerkungen und Sachregister. Herausgegeben von H. Hafner, Mitglied des schweiz. Bundesgerichts. Zürich, Orell Füßli, 1883, 1. Lief., Art. 1—226 und das vollst. Sachregister; 64 und 70 S. 16°.

Diese Ausgabe ist, was die Ausstattung betrifft, höchst elegant und zeichnet sich von allen bisherigen durch Marginalien aus, welche der Verfasser jedem Artikel beigesetzt hat, und welche das Schema, das Gerippe gleichsam, des Gesetzes deutlich auf den ersten Blick erkennen lassen. War es dies oft keine leichte Arbeit, bei durcheinandergewürfelten Abschnitten, wie z. B. der Cession, das Knochengerüste zu erkennen, so müssen wir dem Verfasser um so größern Dank dafür wissen. Es liegt ja in der Systematik ein äußerst wichtiges Interpretationsmittel, das uns nun hier zum ersten Mal durch Unterabtheilung der gesetzlichen Abschnitte und jeweilige kurze Inhaltsangabe am Rande geboten wird. Der Ueberblick und das Nachschlagen werden dadurch außerordentlich

erleichtert. Was die übrigen Zusätze betrifft, so finden wir zunächst Verweisungen auf die entsprechenden Artikel des Code Napoléon, der Gesetzbücher von Oesterreich, Preußen (Landrecht), Sachsen und Zürich; sodann sehr eingehende Verzeichnung aller auf einen Gegenstand bezüglichen anderweitigen Bestimmungen des O.-R., des sonstigen eidgenössischen und zürcherischen Rechts, und hie und da, jedoch nur sparsam eingestreut, erklärende Glossen. Bei dem Sachregister ist nur zu bedauern, daß die Verlagshandlung glaubte, dasselbe „mit Rücksicht auf die Bedürfnisse der Praxis" in Fraktur statt wie den Text in Antiqua drucken zu sollen.

3. Hilty, Prof. Dr., Ueber Statuten von Aktiengesellschaften nach dem neuen Obligationenrecht. Bern, Fiala, 1882, (31 S.).

Hat sich der eidg. Gesetzgeber im O.-R. vielfach von bisherigen Formen der kantonalen Rechte emancipirt und dem Prinzip der Ermittlung des Parteiwillens aus allen begleitenden Umständen, dem plus valere id quod actum est, gehuldigt, so unterwirft er hingegen die Aktiengesellschaften, der deutschen Novelle von 1870 folgend und bisweilen sie noch überbietend, einer Masse von Kautelarvorschriften, zum Schutz der Aktionäre gegen habsüchtige Gründer und selbstherrliche Verwaltungsräthe. Man sieht an einzelnen Artikeln deutlich, wie gewisse Vorgänge und Schöpfungen des letzten Jahrzehnts, von Regina Montium, Eaux et forêts u. s. w. die Antragsteller und Behörden inspirirt haben. Was nun aber daraus für die ehrlichen Leute, die denn doch auch dann und wann die Form der Aktiengesellschaft wählen, um die unschuldigsten Zwecke von der Welt, und oft sehr wohlthätige und gemeinnützige, zu erreichen, für Schwierigkeiten und Unzukömmlichkeiten entstehen, darauf weist der Verfasser des vorliegenden Schriftchens in der Einleitung zu dem von ihm entworfenen Normalstatut hin. Da er am Schluß dieser Einleitung zur Geltendmachung von Bedenken in Betreff seines Statutenentwurfs selbst auffordert, haben wir uns erlaubt, ihm einige solche vorzulegen, und reproduziren hier dieselben mit seinen gütigst in großer Eile bei kurz gemessener Zeit gemachten Gegenbemerkungen. Aus der Gegenüberstellung der Ansichten mag sich ergeben, was für Klippen der Titel des O.-R. über Aktiengesellschaften birgt.

Sachlich fällt nun zunächst die in Art. 2 und Art. 4 (vgl. Art. 17; Uebergangsbest. Art. 36) vorkommende Erwähnung und Normirung eines Obligationenkapitals auf, welches als Bestandtheil des Gesellschaftskapitals neben das Aktien-

kapital gestellt wird. Weder das Gesetz, noch unseres Wissens der Brauch des Geschäftslebens kennen eine solche Behandlung der von der Aktiengesellschaft aufzunehmenden Anleihen; das Gesetz behandelt Grundkapital und Aktienkapital als gleichbedeutende Begriffe (616 ff., vgl. 626), und die Statuten z. B. der Gotthardbahn, wo für Beschaffung der gesammten zur Durchführung des Unternehmens erforderlichen Gelder von vornherein zum großen Theil auf Emission von Schuldscheinen Bedacht genommen war, reden gleichwohl nicht vom Obligationenkapital, sondern nehmen blos im Allgemeinen auf die Beschaffung weiterer Geldmittel „auf dem Wege von Anleihen oder in der sonst der Gesellschaft geeignet scheinenden Weise“ Bezug.

Die Erwähnung eines Obligationenkapitals im Statut hat keinen juristischen Anhalt und keinen praktischen Werth, es wäre denn der sehr zweifelhafte, daß dadurch für die Aufnahme fernerer Anleihen eine Schranke geschaffen werden soll; — sie kann daher nur Verwirrung anrichten, zumal in den spätern Artikeln des Statuts nirgends das Grundkapital als solches ausgeschieden ist; ja man wäre nach der Anmerkung Nr. 39 sogar veranlaßt anzunehmen, der Herr Verfasser rechne die gegen Obligationen aufgenommene Darlehnssumme zum Grundkapital der Gesellschaft. Es heißt dort:

> „Ausdrücklich sagt das Obl.-Recht, Art. 618, nur, daß 20% der Aktien (nicht des Grundkapitals) eingezahlt sein müssen, während das Grundkapital theilweise auch aus Obligationen (Prioritäten) bestehen kann,“

und wird sodann die Frage aufgeworfen und untersucht, ob auch die Obligationen vollgezeichnet und ganz oder theilweise einbezahlt sein müssen, damit die Aktiengesellschaft in's Leben treten kann. Die Frage ist freilich unlösbar, wenn man den Begriff Grundkapital im Sinn des Hrn. Verfassers nimmt; aber dann wäre das Stillschweigen des Gesetzgebers in 618 so unverantwortlich, daß es ihm nicht zugemuthet werden dürfte.

Es wird kaum nöthig sein, Angesichts des an der Spitze des Titels von der Aktiengesellschaft stehenden Artikels (612):

> „Aktiengesellschaft ist eine ... Gesellschaft, deren zum Voraus bestimmtes Kapital in Theilsummen (Aktien) zerlegt ist...“

und der bis jetzt unbezweifelten Definitionen aller Handelsrechtslehrer, z. B. Thöl, § 145:

> „Das Grundkapital, welches eine gewollte Summe ist, wird gedacht als in bestimmte Theile zerlegt. Ein solcher Theil heißt Aktie oder Aktienantheil;“

weiter über die vorliegende Hypothese zu diskutiren. — Wenn der Verfasser l. c. auf Art. 656 Ziff. 7 O.-R. verweist, wo anläßlich der Aufstellung der Bilanz vorgeschrieben ist, daß auch unter pari emittirte Anleihen, resp. Obligationen, zum vollen Nominalwerth unter den Passiven figuriren müssen, so spricht diese Bestimmung gerade gegen seine Auffassung; denn unmittelbar vorher ist unter Ziff. 6 vorgeschrieben, daß das Grundkapital im vollen Betrag unter die Passiven aufzunehmen sei; der Gesetzgeber würde also in zwei aufeinander folgenden Ziffern das nämliche zweimal sagen; in Ziff. 5 hätte er sagen müssen „das Aktienkapital"; denn, daß die Obligationen unter die Passiven gehören, brauchte wohl nicht erwähnt zu werden! — Uebrigens, wenn das Grundkapital auch Obligationsschulden umfassen sollte, was hätte es für einen Sinn, die Einberufung einer außerordentlichen Generalversammlung in allen Fällen zu verlangen, wo das Grundkapital sich um die Hälfte vermindert hat (Art. 657 Abs. 1)? Denn die Verminderung könnte ja durch Rückzahlung der Obligationen herbeigeführt sein, die das Gegentheil einer Gefährdung des Bestandes der Gesellschaft mit sich bringt. Von der Antheilnahme der Obligationäre an der Verwaltung der Aktiengesellschaft, wie sie ein belgisches Gesetz vom 18. Mai 1873 zuläßt, weiß das O.-R. nichts. — In Art. 3, 7, 8 des Statuts ist sodann vorgesehen, daß die Aktien bis nach erfolgter Einzahlung von 50 % in jeder Beziehung als Namen-Aktien behandelt werden und erst von diesem Moment hinweg von selbst „als auf den Inhaber lautend gelten" sollen. Der Zweck dieser Bestimmung ist laut Anmerk. 4: „verschiedene Schwierigkeiten, die sich aus den Art. 635 bis 637 ergeben, möglichst zu vermeiden und die Sache überhaupt zu vereinfachen". Die proponirte Vorschrift bietet den Vortheil, daß statt eines Interimsscheins eine förmliche Aktie schon bei der ersten Einzahlung den Zeichnern ausgeliefert werden kann, die dann bei der definitiven Liberirung nicht umgetauscht zu werden braucht, wie dies bisher üblich war. Es möchten vielleicht Bedenken erhoben werden gegen die Zulässigkeit der ipso-jure-Umwandlung von auf bestimmte Namen lautenden Titeln in Inhaberpapiere, mit Rücksicht auf die vom Gesetzgeber vorgesehene und festgehaltene Klassifizirung der Aktien in 2 Kategorien; allein da bestimmte Vorschriften über die Form der Inhaberpapiere in Art. 846 ff. nicht gegeben sind, so wird man auch die auf bestimmten Namen ausgestellten Scheine, auf welchen die Einzahlung von 50 % und die vorgeschlagene Statutenbestimmung mit Bestimmtheit ersichtlich ist, rechtlich als Inhaberpapiere behandeln dürfen. Unnöthig und unpraktisch erscheint dagegen die Vorschrift

Art. 8 des Statuts, nach welcher schon die erstmaligen Aufforderungen zur Leistung der einzelnen Einzahlungen bis auf 50 % durch rekommandirte Briefe erfolgen müssen.

Bei einer großen Aktiengesellschaft mit tausenden von weithin zerstreuten Aktionären ist diese Maßregel äußerst lästig; sie ist gesetzlich nur geboten für diejenige, an einzelne säumige Aktionäre zu richtende Aufforderung, mit welcher die sog. Kaduzirung oder Annullirung der Aktien angedroht wird. In diesem Falle genügt aber nicht der vorgeschlagene eine Brief, sondern es müssen deren drei erlassen werden (Art. 635 O.-R.).

Bedenken erregt uns ferner die Redaktion der in Art. 5 und 18 enthaltenen Bestimmungen über Festsetzung des Reingewinns und Verwendung desselben. Wenn nämlich in Anm. 8 gesagt wird: „hier (d. h. nach Bestimmung der ordentlichen Dividende) können Tantièmen für Verwaltungsräthe, Geschäftsführer, gewöhnliche und außerordentliche Reserven ihre Stelle erhalten" —, so scheint uns dieß mit der Normativvorschrift des Art. 631 Abs. 1 O.-R. kaum vereinbar, wo es heißt: „Die Dividende darf erst festgesetzt werden, nachdem die statutengemäße Ausstattung des Reservefonds vom Reingewinn in Abzug gebracht ist." Sobald also das Statut einen „gewöhnlichen" Reservefonds vorsieht, der z. B. auf einen gewissen Prozentsatz des Aktienkapitals oder des Jahresverträgnisses festgesetzt ist, so darf eine Dividende gar nicht vertheilt werden, bis die entsprechende Dotirung des Reservefonds erfolgt ist; nur der Ueberschuß ist wirklicher Reingewinn. Allerdings sieht Art. 18 des Statuts jährliche Abschreibungen an dem „Baukapitale" und dem „Mobiliarkonto" vor, die aus den Reingewinnen zu entnehmen sind, allein das Verhältniß dieses Artikels zu Art. 5, bezw. zu den dort in der Anmerkung vorgesehenen Reserven ist nicht recht deutlich. — Die Bauzinsen (Art. 18 und Anm. 26) können eine vom Gesetz erlaubte Verminderung des Grundkapitals zur Folge haben. Da aber letzteres nach Art. 656 Ziff. 6 stets im vollen Betrag in der Bilanz aufgeführt sein muß, so wird der bezügliche Betrag (d. h. die Summe, um welche die bezahlten Bauzinsen das während der Bauperiode aus den jeweilen verfügbaren Geldern Verdiente übersteigt) lediglich als Verminderung der Aktiven oder als Vermehrung der Passiven in der Bilanz sich geltend machen, mithin der Reinertrag der ersten Betriebsjahre dadurch geschmälert sein; es braucht dieser Betrag daher weder zu den Gründungskosten geschlagen, noch darf er vom Grundkapital abgeschrieben werden.*)

*) M. a. W.: Je mehr Bauzinse ausbezahlt wurden, desto mehr mußte fremdes Kapital in Anspruch genommen werden, dessen Verzinsung

Laut Anm. 39 zu Uebergangsbest. Art. 4 wird angenommen, die konstituirende Generalversammlung habe nicht mehr über die Statuten zu berathen, da dieselben nach Art. 615 O.-R. schon fertig vorliegen müssen. Doch ist in Art. 644 Abs. 3 die „Beschlußfassung über die Statuten" ausdrücklich unter den unübertragbaren Befugnissen der Generalversammlung aufgezählt. Wir glauben daher, die konstituirende Generalversammlung dürfe den Statutenentwurf, welcher der Aktienzeichnung zu Grunde lag, berathen und untergeordnete Punkte abändern. Zur Vorsicht dürfte auf diese Möglichkeit im Zeichnungsformular Rücksicht genommen werden.

Gegenbemerkungen des Hrn. Prof. Dr. Hilty.

1. Wenn Obligationen, oder ebenso Prioritätsaktien von vornherein bei der Gründung der Gesellschaft, als ein Theil des Gesellschaftskapitals, in Aussicht genommen werden, was oft geschieht, so gehört diese Bestimmung ganz gewiß in die Statuten hinein und es gibt viele Statuten, wo sie darin stehen. Ist dagegen zuerst blos ein Aktienkaptital gemeint und vorhanden, und man kommt erst nachher, während des Bestandes der Gesellschaft, zur Aufnahme von Anleihen, so wird man natürlich nicht schon in den Statuten die Obligationen zum Grundkapital zählen.

Das wäre doch sehr sonderbar und gefährlich, wenn in einem Prospekte z. B. stünde, man gründe eine Gesellschaft mit 1 Million in Aktien und 1 Million in Obligationen oder Prioritäten und von diesen beiden letztern Kategorien dann kein Wort in den Statuten steht.

Jedenfalls muß es den Gründern einer Gesellschaft erlaubt sein, einen Theil des Grundkapitals statutarisch in Obligationenform oder Prioritätsaktien aufzubringen. Wenn Sie das verbieten wollen, hindern Sie manche Gesellschaft am Entstehen. Sie müssen die Frage daher nur so stellen: Erlaubt es das Obl.-Recht, daß eine Gesellschaft sich von vornherein auf Basis einer bestimmten Anzahl von Aktien und ebenso einer bestimmten Anzahl von Obligationen oder Prioritätsaktien gründet? Oder ist das nicht gestattet? Muß das ganze zur Inbetriebsetzung der Gesellschaft nöthige Kapital — gewissermaßen der Finanzausweis der Gesellschaft — in gewöhnlichen Aktien bestehen?

---

den Reinertrag des Unternehmens sehen darf. Will man sie, wie Art. 18 vorschlägt, in 5 Jahren abschreiben, so wird der Reinertrag nur um so stärker in Anspruch genommen.

Das ist die Frage. Wenn es erlaubt ist von vornherein mit Obligationen oder Prioritäten zu gründen, so muß das gewiß, so gut wie ein Prospekt, auch in den Statuten kompariren.*)

Alle Bedenken, die Sie haben, haben Obligationen im Auge, die erst während des Bestandes der Gesellschaft aufgenommen werden. Diese gehören nicht zum Grundkapital und nicht in die Statuten.

2. Wenn die Meinung, daß mit Einzahlung von 50 % sich die Namenaktie in ein Inhaberpapier verwandelt, eine erlaubte ist, so ist sie gewiß sehr praktisch um die leichte Bezahlbarkeit zu erhöhen. Art. 637 ist sehr umständlich. Die rekommandirten Briefe, die Sie tadeln, sind ja in Art. 635 vorgeschrieben und nicht meine Vorschrift. Art. 8 der Statuten soll nichts anderes enthalten als was dieser Art. 635 sagt. Da aber erst nach Einzahlung von 50 % Inhaberaktien entstehen dürfen, so ist vorher immer mit rekommandirten Briefen zu verfahren, das ist nicht auszuweichen. Außer man müßte zuerst abwarten, ob die Aktionäre freiwillig einzahlen und dann erst zu diesen Aufforderungen schreiten. Das dauert dann aber sehr lange und es ist doch praktischer die Aufforderung gleich so stellen, daß sie auch für die Forfaitirung dienen kann.**) Noch praktischer ist freilich, wenn man das wagen darf, sogleich mit der Zeichnung eine Einzahlung, wenn es anginge sogar die ganzen 50 % zu verlangen, z. B. bei kleineren Gesellschaften.

3. Daß Tantièmen in den Statuten festgestellt werden dürfen, kann doch wohl kaum einem Zweifel unterliegen. Selbstverständlich kommen sie nur zur Auszahlung, wenn nach der Ausstattung des gewöhnlichen (nicht außerordentlich beschlossenen) Reservefonds noch Gewinn vorhanden ist. Etwas anderes sagt der Art. 631 nicht, als daß die Reservefondsausstattung der Dividenden- und somit auch der Tantièmenauszahlung vorgeht. Die statutenmäßige Vorschrift einer Dividende ist dadurch so wenig verboten, als die einer Tantième.***)

---

*) Die Prioritätsaktien gehören zum Grundkapital, weil sie keine Schuld der Gesellschaft begründen, sondern nur ein Vorzugsrecht in Bezug auf die Dividenden; die Prioritäten dagegen, mit welchem Namen man in Deutschland heutzutage Schuldscheine der Gesellschaft, speziell bei Eisenbahnen, zu bezeichnen pflegt. gehören zu den Schulden und nicht zum Grundkapital. Vergl. die eingehende Auseinandersetzung von Keyßner in Holtzendorff's Rechtslexikon, s. v. Prioritätsaktien. (Red.)

**) Hierüber werden die Geschäftsleute zu entscheiden haben. (Red.)

***) Unsere Bemerkung richtet sich gegen die Gleichstellung der Tantièmen mit dem gewöhnlichen, statutarischen Reservefonds. Vor Dotirung des Letztern darf keine Dividende vertheilt werden. (Red.)



4. Die Bauzinse aus dem Reinerträgniß der ersten Jahre noch nachträglich (also natürlich nachdem der Bau vorüber ist) abschreiben, das ist etwas sehr ungewohntes und drückt die Aktienkurse in den ersten Jahren so, daß das schwerlich eine Aktiengesellschaft jemals thun wird, wenn es nicht absolut sein muß. Die Aktien werden einfach unverkäuflich dadurch. Das sehe ich aber nirgends. Es ist aber nicht gut, daß das Gesetz darüber nichts enthält.

5. Die erste Annahme der Statuten kann nur eine bloße Form sein, da sie nach Art. 615 eben bei der Zeichnung schon vorliegen müssen. 644 meint entweder nur spätere Beschlüsse, oder aber diese Formalität, oder es ist endlich ein Widerspruch vorhanden, den ich auch nicht verschulde, sondern blos signalisire und auszuweichen suche.

4. *Colombi, Dr. L.* Del Coordinamento delle nostre Leggi cantonali al Codice federale delle Obbligazioni ed alla Legge federale sulla Capacità civile. Bellinzona. 2 „Studien" von 23 und 20 Seiten.

Der Verf., der sich unter Anderm auch die Mühe nicht hat reuen lassen, in dem Repertorio di Giurisprudenza Patria eine vollständige Zusammenstellung der Gerichtsverfassungen der schweiz. Kantone mit Tabellen auszuarbeiten, gibt hier eine Uebersicht der Arbeiten zu den Einführungsgesetzen von Waadt und Bern; letzteres, soweit den Jura betreffend. Die Vorlage von Hrn. Oberrichter Juillard wird hier in extenso in italienischer Uebersetzung wiedergegeben. Die zweite Schrift enthält einen Entwurf zum Einführungsgesetz für den Heimatkanton des Verfassers. — Der Große Rath desselben hat einen bezüglichen Entwurf unter dem 16. November provisorisch in Kraft zu setzen beschlossen, vorbehältlich einer im Jahr 1883 vorzunehmenden Nachprüfung. Solche Experimentalgesetzgebung macht sich allerdings leichter ohne Referendum.

5. Dr. F. Meili, Die betrügliche Nachahmung des Namens und der Fabrikmarke A. W. Faber. Eine Klageschrift, Zürich, Orell Füßli 1882, mit Anhang, enthaltend die in Sachen ergangenen Urtheile des Handelsgerichts und des Obergerichts von Zürich. — (150 und 40 Seiten gr. 8°.)

Die weltberühmte Bleistiftfabrik A. W. Faber in Nürnberg führt in allen Ländern der Erde beinahe Prozesse, um ihre Firma bezw. Schutzmarke vor betrügerischem Mißbrauch zu schützen. Ein förmliches Gewerbe wird seit einigen Jahren von gewissen Industriellen

damit getrieben, daß sie Leute des Namens Faber auftreiben, um in Gesellschaft mit ihnen, bezw. als deren Geschäftsführer unter einer der Faber'schen Firma möglichst ähnlichen Bezeichnung Fabrikate in den Handel zu bringen. Besonders gesucht sind natürlich Leute, welche das Glück haben, Taufnamen mit den Anfangsbuchstaben A. W. zu besitzen. Ein solcher war der Schlossergeselle Albert Wilhelm Faber in Berlin, welchen ein gewisser J. Schaller Anno 1878 zur Gründung eines Bleistiftgeschäfts A. W. Faber in Zürich zu veranlassen wußte. Nachdem der Inhaber des goldversprechenden Namens einige Monate lang die seinen Fähigkeiten entsprechenden Arbeiten eines Packträgers u. s. w. im Geschäfte besorgt, wurde er mit einigen hundert Thaler Entschädigung nach seiner Heimat zurückbefördert und die Firma ging mit dem Geschäft auf Schaller über. Die vorliegende Schrift enthält nun außer einer neuen Klage des Hauses Faber gegen einen Nachfolger des Schaller die Urtheile, welche Hr. Dr. Meili gegen diesen bei den Zürchergerichten erwirkt hat, und gibt einen interessanten Beitrag zu der Lehre vom Firmen- und Markenschutz.

6. König, Prof. Dr. K. G., Ueber den Begriff des Unfalles. Rechtsgutachten. Winterthur, 1882 (45 S.).

Es wird an der Hand allgemeiner Rechtsgrundsätze und der Praxis, namentlich auch englischer und amerikanischer Gerichte, nachgewiesen, daß das Erfrieren auf offenem Felde, sofern es durch Unvorsichtigkeit des Betroffenen herbeigeführt ist, nicht als „Unfall“ zu betrachten ist, daher keine Pflicht der Anstalt zur Ausrichtung der Unfallversicherungssumme begründet.

## IV. Civilprozeß, Betreibung und Konkurs.

1. Gesetz über das Civilrechtsverfahren für den Kanton Luzern.

Auf diesen 388 §§ umfassenden Entwurf hoffen wir im nächsten Heft zurückkommen zu können.

2. Jost Weber, Luzern und sein Betreibungssystem auf Konkurs. Als Mscpt. gedruckt.

3. Weibel, Dr. J. L., Das Luzerner Betreibungssystem auf Konkurs. Separatabdruck aus der Zeitschrift für schweiz. Recht.

Zwei hervorragende Luzerner Juristen haben sich in letzter Zeit über die Vor- und Nachtheile der Betreibung auf Konkurs

gestützt auf die Erfahrungen des Kantons Luzern, ausgesprochen, um dadurch dem eidg. Gesetzgeber in dieser wichtigen und brennenden Frage einen Fingerzeig zu geben. Sie kommen zu entgegengesetzten Resultaten.

Während Hr. Weber als Gegner der Betreibung auf Konkurs auftritt, wie sie seit 1849 im Kanton Luzern besteht, und diesem System die ihm von seinen Freunden nachgerühmten Vortheile — Vereinfachung, Kostenersparniß, gerechtere Vertheilung des Vermögens unter die Gläubiger — bestreitet, dagegen eine Vermehrung der Konkurse zum Vorwurf macht, — stellt hingegen Dr. Weibel diese Behauptungen in Abrede. Nach ihm stellt sich als Hauptübelstand nicht das System, sondern die schlechte Amtsführung der Betreibungsbeamten dar. Als solche fungiren im Kanton Luzern die Gemeindeammänner, welche vielfach von der Bevölkerung zu abhängig sind, um ihrer Pflicht gehörig wahrzunehmen und es sogar vorziehen, kraft eines in Luzern wohl einzig dastehenden Grundsatzes, dem betreibenden Gläubiger als Selbstschuldner verhaftet zu werden, als daß sie sich die Ungnade ihrer Gemeindegenossen durch gesetzliches Vorgehen zuziehen würden. „Wegen des Schlendrians der Betreibungsbeamten" sagt Hr. W., „wurde bei uns die Betreibung auf Pfand unerträglich; durch den Schlendrian der Betreibungsbeamten sind fast alle jene Uebelstände hervorgerufen, welche Hr. Weber unserer jetzigen Betreibung auf Konkurs nachgewiesen hat". Die Selbstschuldnerschaft genügt nicht; strenge Strafbestimmungen müssen erlassen werden, wenn das Uebel gehoben werden soll. Aber damit ist es unseres Erachtens nicht gethan. Es muß auch Aufsichtsbehörden geben, die ohne Ansehen der Person und ohne übelverstandene Milde und Humanität die Strafbestimmungen anwenden, und hier liegt die schwache Seite unserer demokratischen Einrichtungen. Um den einzelnen Beamten zu schonen, ihm Ehre und Kredit zu lassen, wird das Prinzip preisgegeben, der Kredit des Landes und das Zutrauen des Publikums in die Rechtspflege schwer geschädigt.

4. *Burkly, Charles,* Etude sur le Serment judiciaire et extrajudiciaire. Thèse présentée à la Faculté de droit (de l'Université de Genève) pour obtenir le grade de docteur. Brougg, Imprimerie Fisch, Wild & Cie. 1882 (142 PP.)

Eine auf breiter Grundlage angelegte Studie über das interessante Kapital des Eides. Verfasser kommt zu dem Schlusse, daß dieses Institut in allen civilisirten Staaten in seinen Grundlagen erschüttert ist und abgeschafft werden soll. Die Darstellung

kapital gestellt wird. Weder das Gesetz, noch unseres Wissens der Brauch des Geschäftslebens kennen eine solche Behandlung der von der Aktiengesellschaft aufzunehmenden Anleihen; das Gesetz behandelt Grundkapital und Aktienkapital als gleichbedeutende Begriffe (616 ff., vgl. 626), und die Statuten z. B. der Gotthardbahn, wo für Beschaffung der gesammten zur Durchführung des Unternehmens erforderlichen Gelder von vornherein zum großen Theil auf Emission von Schuldscheinen Bedacht genommen war, reden gleichwohl nicht vom Obligationenkapital, sondern nehmen blos im Allgemeinen auf die Beschaffung weiterer Geldmittel „auf dem Wege von Anleihen oder in der sonst der Gesellschaft geeignet scheinenden Weise" Bezug.

Die Erwähnung eines Obligationenkapitals im Statut hat keinen juristischen Anhalt und keinen praktischen Werth, es wäre denn der sehr zweifelhafte, daß dadurch für die Aufnahme fernerer Anleihen eine Schranke geschaffen werden soll; — sie kann daher nur Verwirrung anrichten, zumal in den spätern Artikeln des Statuts nirgends das Grundkapital als solches ausgeschieden ist; ja man wäre nach der Anmerkung Nr. 39 sogar veranlaßt anzunehmen, der Herr Verfasser rechne die gegen Obligationen aufgenommene Darlehnssumme zum Grundkapital der Gesellschaft. Es heißt dort:

> „Ausdrücklich sagt das Obl.-Recht, Art. 618, nur, daß 20% der Aktien (nicht des Grundkapitals) eingezahlt sein müssen, während das Grundkapital theilweise auch aus Obligationen (Prioritäten) bestehen kann,"

und wird sodann die Frage aufgeworfen und untersucht, ob auch die Obligationen vollgezeichnet und ganz oder theilweise einbezahlt sein müssen, damit die Aktiengesellschaft in's Leben treten kann. Die Frage ist freilich unlösbar, wenn man den Begriff Grundkapital im Sinn des Hrn. Verfassers nimmt; aber dann wäre das Stillschweigen des Gesetzgebers in 618 so unverantwortlich, daß es ihm nicht zugemuthet werden dürfte.

Es wird kaum nöthig sein, Angesichts des an der Spitze des Titels von der Aktiengesellschaft stehenden Artikels (612):

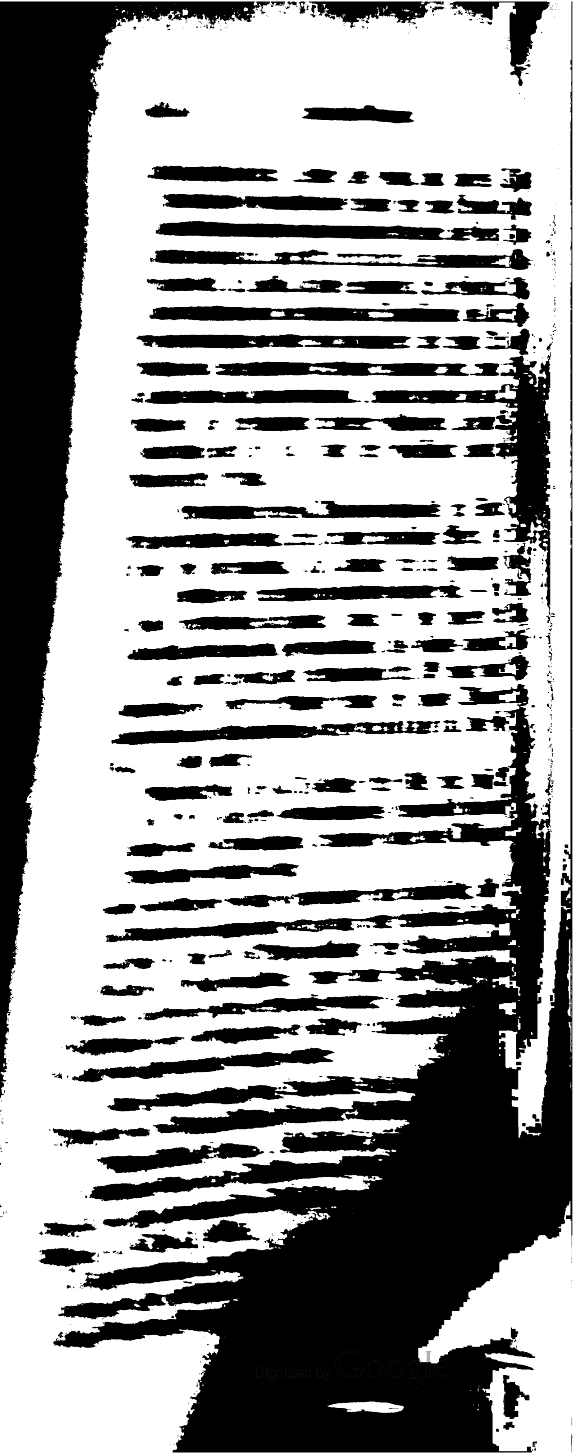
> „Aktiengesellschaft ist eine ... Gesellschaft, deren zum Voraus bestimmtes Kapital in Theilsummen (Aktien) zerlegt ist..."

und der bis jetzt unbezweifelten Definitionen aller Handelsrechtslehrer, z. B. Thöl, § 145:

> „Das Grundkapital, welches eine gewollte Summe ist, wird gedacht als in bestimmte Theile zerlegt. Ein solcher Theil heißt Aktie oder Aktienantheil;"

weiter über die vorliegende Hypothese zu diskutiren. — Wenn der Verfasser l. c. auf Art. 656 Ziff. 7 O.-R. verweist, wo anläßlich der Aufstellung der Bilanz vorgeschrieben ist, daß auch unter pari emittirte Anleihen, resp. Obligationen, zum vollen Nominalwerth unter den Passiven figuriren müssen, so spricht diese Bestimmung gerade gegen seine Auffassung; denn unmittelbar vorher ist unter Ziff. 6 vorgeschrieben, daß das Grundkapital im vollen Betrag unter die Passiven aufzunehmen sei; der Gesetzgeber würde also in zwei aufeinander folgenden Ziffern das nämliche zweimal sagen; in Ziff. 5 hätte er sagen müssen „das Aktienkapital"; denn, daß die Obligationen unter die Passiven gehören, brauchte wohl nicht erwähnt zu werden! — Uebrigens, wenn das Grundkapital auch Obligationsschulden umfassen sollte, was hätte es für einen Sinn, die Einberufung einer außerordentlichen Generalversammlung in allen Fällen zu verlangen, wo das Grundkapital sich um die Hälfte vermindert hat (Art. 657 Abs. 1)? Denn die Verminderung könnte ja durch Rückzahlung der Obligationen herbeigeführt sein, die das Gegentheil einer Gefährdung des Bestandes der Gesellschaft mit sich bringt. Von der Antheilnahme der Obligationäre an der Verwaltung der Aktiengesellschaft, wie sie ein belgisches Gesetz vom 18. Mai 1873 zuläßt, weiß das O.-R. nichts. — In Art. 3, 7, 8 des Statuts ist sodann vorgesehen, daß die Aktien bis nach erfolgter Einzahlung von 50 % in jeder Beziehung als Namen-Aktien behandelt werden und erst von diesem Moment hinweg von selbst „als auf den Inhaber lautend gelten" sollen. Der Zweck dieser Bestimmung ist laut Anmerk. 4: „verschiedene Schwierigkeiten, die sich aus den Art. 635 bis 637 ergeben, möglichst zu vermeiden und die Sache überhaupt zu vereinfachen". Die proponirte Vorschrift bietet den Vortheil, daß statt eines Interimsscheins eine förmliche Aktie schon bei der ersten Einzahlung den Zeichnern ausgeliefert werden kann, die dann bei der definitiven Liberirung nicht umgetauscht zu werden braucht, wie dies bisher üblich war. Es möchten vielleicht Bedenken erhoben werden gegen die Zulässigkeit der ipso-jure-Umwandlung von auf bestimmte Namen lautenden Titeln in Inhaberpapiere, mit Rücksicht auf die vom Gesetzgeber vorgesehene und festgehaltene Klassifizirung der Aktien in 2 Kategorien; allein da bestimmte Vorschriften über die Form der Inhaberpapiere in Art. 846 ff. nicht gegeben sind, so wird man auch die auf bestimmten Namen ausgestellten Scheine, auf welchen die Einzahlung von 50 % und die vorgeschlagene Statutenbestimmung mit Bestimmtheit ersichtlich ist, rechtlich als Inhaberpapiere behandeln dürfen. Unnöthig und unpraktisch erscheint dagegen die Vorschrift

Zeugenbescheinigun
ob ein Notar für
selbst geschrieben,
des Notars bei der
unbestritten, daß er
seinen H a u p t b e st
auf die Zeugenbesch
1833 entschieden,
einem Testamente i
gültigkeit desselben
Damit steht das Ur
spruche, weil dort
fragliche Testament
der Testator nicht b
richtig abgefaßt ge
ganze Testamentsver
dafür Gewähr zu b
Schrift als seine le
Sie haben daher
Funktion beginnt e
ist (Leuenberger, B
Demgemäß kann es
Notars liegend bet
bescheinigung zu s
In casu ist d
bescheinigung im B
dem Gesagten ver
Mandatar der Zeu
den Klägern gar
hältnisse gegen ih
Bevollmächtigten
Anwendbarkeit de
so wäre immerhi
Ausführung seine
tendes Verschulde
zunächst in Bet
seiner Eigenschaft
bezahlt wurde.
Notar für Gesch
gehaftet. Aber
Worte „einer in
schulden, eine G
haftbar erschein



...über die vorliegende Hypothese zu diskutiren. — Wenn ...fasser l. c. auf Art. 656 Ziff. 7 O.-R. verweist, wo an- ...der Aufstellung der Bilanz vorgeschrieben ist, daß auch ...pari emittirte Anleihen, resp. Obligationen, zum vollen ...lwerth unter den Passiven figuriren müssen, so spricht diese ...mung gerade gegen seine Auffassung; denn unmittelbar ... ist unter Ziff. 6 vorgeschrieben, daß das Grundkapital ...len Betrag unter die Passiven aufzunehmen sei; der Gesetz- ...würde also in zwei aufeinander folgenden Ziffern das näm- ...zweimal sagen; in Ziff. 5 hätte er sagen müssen „das Aktien- ...al"; denn, daß die Obligationen unter die Passiven gehören, ...chte wohl nicht erwähnt zu werden! — Uebrigens, wenn das ...ndkapital auch Obligationsschulden umfassen sollte, was hätte ...ür einen Sinn, die Einberufung einer außerordentlichen Ge- ...lversammlung in allen Fällen zu verlangen, wo das Grund- ...ital sich um die Hälfte vermindert hat (Art. 657 Abs. 1) ...nn die Verminderung könnte ja durch Rückzahlung der Obli- ...tionen herbeigeführt sein, die das Gegentheil einer Gefährdung ...s Bestandes der Gesellschaft mit sich bringt. Von der Antheil- ...ahme der Obligationäre an der Verwaltung der Aktiengesellschaft, ...ie sie ein belgisches Gesetz vom 18. Mai 1873 zuläßt, weiß das O.-R. nichts. — In Art. 3, 7, 8 des Statuts ist [illegible] gesehen, daß die Aktien bis nach erfolgter Einzahlung [illegible] in jeder Beziehung als Namen-Aktien behandelt [illegible] von diesem Moment hinweg von selbst „als [illegible] tend gelten" sollen. Der Zweck dieser [illegible] merk. 4: „verschiedene Schwierigkeiten, [illegible] bis 637 ergeben, möglichst zu vermeiden [illegible] zu vereinfachen". Die [illegible] daß statt eines Interimsscheins [illegible] ersten Einzahlung den [illegible] dann bei der definitiven [illegible] braucht, wie dies bisher [illegible] denken erhoben werde [illegible] Umwandlung von [illegible] Inh[illegible] mit [illegible] und [illegible] da [illegible] Art[illegible]

Art. 8 des Statuts, nach welcher schon die erstmaligen Aufforderungen zur Leistung der einzelnen Einzahlungen bis auf 50 % durch rekommandirte Briefe erfolgen müssen.

Bei einer großen Aktiengesellschaft mit tausenden von weithin zerstreuten Aktionären ist diese Maßregel äußerst lästig; sie ist gesetzlich nur geboten für diejenige, an einzelne säumige Aktionäre zu richtende Aufforderung, mit welcher die sog. Kaduzirung oder Annullirung der Aktien angedroht wird. In diesem Falle genügt aber nicht der vorgeschlagene eine Brief, sondern es müssen deren drei erlassen werden (Art. 635 O.-R.).

Bedenken erregt uns ferner die Redaktion der in Art. 5 und 18 enthaltenen Bestimmungen über Festsetzung des Reingewinns und Verwendung desselben. Wenn nämlich in Anm. 8 gesagt wird: „hier (d. h. nach Bestimmung der ordentlichen Dividende) können Tantièmen für Verwaltungsräthe, Geschäftsführer, gewöhnliche und außerordentliche Reserven ihre Stelle erhalten" —, so scheint uns dieß mit der Normativvorschrift des Art. 631 Abs. 1 O.-R. kaum vereinbar, wo es heißt: „Die Dividende darf erst festgesetzt werden, nachdem die statutengemäße Ausstattung des Reservefonds vom Reingewinn in Abzug gebracht ist." Sobald also das Statut einen „gewöhnlichen" Reservefonds vorsieht, der z. B. auf einen gewissen Prozentsatz des Aktienkapitals oder des Jahresverträgnisses festgesetzt ist, so darf eine Dividende gar nicht vertheilt werden, bis die entsprechende Dotirung des Reservefonds erfolgt ist; nur der Ueberschuß ist wirklicher Reingewinn. Allerdings sieht Art. 18 des Statuts jährliche Abschreibungen an dem „Baukapitale" und dem „Mobiliarkonto" vor, die aus den Reingewinnen zu entnehmen sind, allein das Verhältniß dieses Artikels zu Art. 5, bezw. zu den dort in der Anmerkung vorgesehenen Reserven ist nicht recht deutlich. — Die Bauzinsen (Art. 18 und Anm. 26) können eine vom Gesetz erlaubte Verminderung des Grundkapitals zur Folge haben. Da aber letzteres nach Art. 656 Ziff. 6 stets im vollen Betrag in der Bilanz aufgeführt sein muß, so wird der bezügliche Betrag (d. h. die Summe, um welche die bezahlten Bauzinsen das während der Bauperiode aus den jeweilen verfügbaren Geldern Verdiente übersteigt) lediglich als Verminderung der Aktiven oder als Vermehrung der Passiven in der Bilanz sich geltend machen, mithin der Reinertrag der ersten Betriebsjahre dadurch geschmälert sein; es braucht dieser Betrag daher weder zu den Gründungskosten geschlagen, noch darf er vom Grundkapital abgeschrieben werden.*)

*) M. a. W.: Je mehr Bauzinse ausbezahlt wurden, desto mehr mußte fremdes Kapital in Anspruch genommen werden, dessen Verzinsung

Laut Anm. 39 zu Uebergangsbest. Art. 4 wird angenommen, die konstituirende Generalversammlung habe nicht mehr über die Statuten zu berathen, da dieselben nach Art. 615 O.-R. schon fertig vorliegen müssen. Doch ist in Art. 644 Abs. 3 die „Beschlußfassung über die Statuten" ausdrücklich unter den unübertragbaren Befugnissen der Generalversammlung aufgezählt. Wir glauben daher, die konstituirende Generalversammlung dürfe den Statutenentwurf, welcher der Aktienzeichnung zu Grunde lag, berathen und untergeordnete Punkte abändern. Zur Vorsicht dürfte auf diese Möglichkeit im Zeichnungsformular Rücksicht genommen werden.

Gegenbemerkungen des Hrn. Prof. Dr. Hilty.

1. Wenn Obligationen, oder ebenso Prioritätsaktien von vornherein bei der Gründung der Gesellschaft, als ein Theil des Gesellschaftskapitals, in Aussicht genommen werden, was oft geschieht, so gehört diese Bestimmung ganz gewiß in die Statuten hinein und es gibt viele Statuten, wo sie darin stehen. Ist dagegen zuerst blos ein Aktienkaptital gemeint und vorhanden, und man kommt erst nachher, während des Bestandes der Gesellschaft, zur Aufnahme von Anleihen, so wird man natürlich nicht schon in den Statuten die Obligationen zum Grundkapital zählen.

Das wäre doch sehr sonderbar und gefährlich, wenn in einem Prospekte z. B. stünde, man gründe eine Gesellschaft mit 1 Million in Aktien und 1 Million in Obligationen oder Prioritäten und von diesen beiden letztern Kategorien dann kein Wort in den Statuten steht.

Jedenfalls muß es den Gründern einer Gesellschaft erlaubt sein, einen Theil des Grundkapitals statutarisch in Obligationenform oder Prioritätsaktien aufzubringen. Wenn Sie das verbieten wollen, hindern Sie manche Gesellschaft am Entstehen. Sie müssen die Frage daher nur so stellen: Erlaubt es das Obl.-Recht, daß eine Gesellschaft sich von vornherein auf Basis einer bestimmten Anzahl von Aktien und ebenso einer bestimmten Anzahl von Obligationen oder Prioritätsaktien gründet? Oder ist das nicht gestattet? Muß das ganze zur Inbetriebsetzung der Gesellschaft nöthige Kapital — gewissermaßen der Finanzausweis der Gesellschaft — in gewöhnlichen Aktien bestehen?

---

den Reinertrag des Unternehmens sehen darf. Will man sie, wie Art. 18 vorschlägt, in 5 Jahren abschreiben, so wird der Reinertrag nur um so stärker in Anspruch genommen.

Das ist die Frage. Wenn es erlaubt ist von vornherein mit Obligationen oder Prioritäten zu gründen, so muß das gewiß, so gut wie ein Prospekt, auch in den Statuten kompariren.*)

Alle Bedenken, die Sie haben, haben Obligationen im Auge, die erst während des Bestandes der Gesellschaft aufgenommen werden. Diese gehören nicht zum Grundkapital und nicht in die Statuten.

2. Wenn die Meinung, daß mit Einzahlung von 50 % sich die Namenaktie in ein Inhaberpapier verwandelt, eine erlaubte ist, so ist sie gewiß sehr praktisch um die leichte Bezahlbarkeit zu erhöhen. Art. 637 ist sehr umständlich. Die rekommandirten Briefe, die Sie tadeln, sind ja in Art. 635 vorgeschrieben und nicht meine Vorschrift. Art. 8 der Statuten soll nichts anderes enthalten als was dieser Art. 635 sagt. Da aber erst nach Einzahlung von 50 % Inhaberaktien entstehen dürfen, so ist vorher immer mit rekommandirten Briefen zu verfahren, das ist nicht auszuweichen. Außer man müßte zuerst abwarten, ob die Aktionäre freiwillig einzahlen und dann erst zu diesen Aufforderungen schreiten. Das dauert dann aber sehr lange und es ist doch praktischer die Aufforderung gleich so stellen, daß sie auch für die Forfaitirung dienen kann.**) Noch praktischer ist freilich, wenn man das wagen darf, sogleich mit der Zeichnung eine Einzahlung, wenn es anginge sogar die ganzen 50 % zu verlangen, z. B. bei kleineren Gesellschaften.

3. Daß Tantièmen in den Statuten festgestellt werden dürfen, kann doch wohl kaum einem Zweifel unterliegen. Selbstverständlich kommen sie nur zur Auszahlung, wenn nach der Ausstattung des gewöhnlichen (nicht außerordentlich beschlossenen) Reservefonds noch Gewinn vorhanden ist. Etwas anderes sagt der Art. 631 nicht, als daß die Reservefondsausstattung der Dividenden- und somit auch der Tantièmenauszahlung vorgeht. Die statutenmäßige Vorschrift einer Dividende ist dadurch so wenig verboten, als die einer Tantième.***)

---

*) Die Prioritätsaktien gehören zum Grundkapital, weil sie keine Schuld der Gesellschaft begründen, sondern nur ein Vorzugsrecht in Bezug auf die Dividenden; die Prioritäten dagegen, mit welchem Namen man in Deutschland heutzutage Schuldscheine der Gesellschaft, speziell bei Eisenbahnen, zu bezeichnen pflegt, gehören zu den Schulden und nicht zum Grundkapital. Vergl. die eingehende Auseinandersetzung von Keyßner in Holtzendorff's Rechtslexikon, s. v. Prioritätsaktien. (Red.)

**) Hierüber werden die Geschäftsleute zu entscheiden haben. (Red.)

***) Unsere Bemerkung richtet sich gegen die Gleichstellung der Tantièmen mit dem gewöhnlichen, statutarischen Reservefonds. Vor Dotirung des Letztern darf keine Dividende vertheilt werden. (Red.)

4. Die Bauzinse aus dem Reinerträgniß der ersten Jahre noch nachträglich (also natürlich nachdem der Bau vorüber ist) abschreiben, das ist etwas sehr ungewohntes und drückt die Aktienkurse in den ersten Jahren so, daß das schwerlich eine Aktiengesellschaft jemals thun wird, wenn es nicht absolut sein muß. Die Aktien werden einfach unverkäuflich dadurch. Das sehe ich aber nirgends. Es ist aber nicht gut, daß das Gesetz darüber nichts enthält.

5. Die erste Annahme der Statuten kann nur eine bloße Form sein, da sie nach Art. 615 eben bei der Zeichnung schon vorliegen müssen. 644 meint entweder nur spätere Beschlüsse, oder aber diese Formalität, oder es ist endlich ein Widerspruch vorhanden, den ich auch nicht verschulde, sondern blos signalisire und auszuweichen suche.

4. *Colombi, Dr. L.* Del Coordinamento delle nostre Leggi cantonali al Codice federale delle Obbligazioni ed alla Legge federale sulla Capacità civile. Bellinzona. 2 „Studien" von 23 und 20 Seiten.

Der Verf., der sich unter Anderm auch die Mühe nicht hat reuen lassen, in dem Repertorio di Giurisprudenza Patria eine vollständige Zusammenstellung der Gerichtsverfassungen der schweiz. Kantone mit Tabellen auszuarbeiten, gibt hier eine Uebersicht der Arbeiten zu den Einführungsgesetzen von Waadt und Bern; letzteres, soweit den Jura betreffend. Die Vorlage von Hrn. Oberrichter Juillard wird hier in extenso in italienischer Uebersetzung wiedergegeben. Die zweite Schrift enthält einen Entwurf zum Einführungsgesetz für den Heimatkanton des Verfassers. — Der Große Rath desselben hat einen bezüglichen Entwurf unter dem 16. November provisorisch in Kraft zu setzen beschlossen, vorbehältlich einer im Jahr 1883 vorzunehmenden Nachprüfung. Solche Experimentalgesetzgebung macht sich allerdings leichter ohne Referendum.

5. Dr. F. Meili, Die betrügliche Nachahmung des Namens und der Fabrikmarke A. W. Faber. Eine Klageschrift, Zürich, Orell Füßli 1882, mit Anhang, enthaltend die in Sachen ergangenen Urtheile des Handelsgerichts und des Obergerichts von Zürich. — (150 und 40 Seiten gr. 8°.)

Die weltberühmte Bleistiftfabrik A. W. Faber in Nürnberg führt in allen Ländern der Erde beinahe Prozesse, um ihre Firma bezw. Schutzmarke vor betrügerischem Mißbrauch zu schützen. Ein förmliches Gewerbe wird seit einigen Jahren von gewissen Industriellen

damit getrieben, daß sie Leute des Namens Faber auftreiben, um in Gesellschaft mit ihnen, bezw. als deren Geschäftsführer unter einer der Faber'schen Firma möglichst ähnlichen Bezeichnung Fabrikate in den Handel zu bringen. Besonders gesucht sind natürlich Leute, welche das Glück haben, Taufnamen mit den Anfangsbuchstaben A. W. zu besitzen. Ein solcher war der Schlossergeselle Albert Wilhelm Faber in Berlin, welchen ein gewisser J. Schaller Anno 1878 zur Gründung eines Bleistiftgeschäfts A. W. Faber in Zürich zu veranlassen wußte. Nachdem der Inhaber des goldversprechenden Namens einige Monate lang die seinen Fähigkeiten entsprechenden Arbeiten eines Packträgers u. s. w. im Geschäfte besorgt, wurde er mit einigen hundert Thaler Entschädigung nach seiner Heimat zurückbefördert und die Firma ging mit dem Geschäft auf Schaller über. Die vorliegende Schrift enthält nun außer einer neuen Klage des Hauses Faber gegen einen Nachfolger des Schaller die Urtheile, welche Hr. Dr. Meili gegen diesen bei den Zürchergerichten erwirkt hat, und gibt einen interessanten Beitrag zu der Lehre vom Firmen- und Markenschutz.

6. König, Prof. Dr. K. G., Ueber den Begriff des Unfalles. Rechtsgutachten. Winterthur, 1882 (45 S.).

Es wird an der Hand allgemeiner Rechtsgrundsätze und der Praxis, namentlich auch englischer und amerikanischer Gerichte, nachgewiesen, daß das Erfrieren auf offenem Felde, sofern es durch Unvorsichtigkeit des Betroffenen herbeigeführt ist, nicht als „Unfall" zu betrachten ist, daher keine Pflicht der Anstalt zur Ausrichtung der Unfallversicherungssumme begründet.

## IV. Civilprozeß, Betreibung und Konkurs.

1. Gesetz über das Civilrechtsverfahren für den Kanton Luzern.

Auf diesen 388 §§ umfassenden Entwurf hoffen wir im nächsten Heft zurückkommen zu können.

2. Jost Weber, Luzern und sein Betreibungssystem auf Konkurs. Als Mscpt. gedruckt.

3. Weibel, Dr. J. L., Das Luzerner Betreibungssystem auf Konkurs. Separatabdruck aus der Zeitschrift für schweiz. Recht.

Zwei hervorragende Luzerner Juristen haben sich in letzter Zeit über die Vor- und Nachtheile der Betreibung auf Konkurs

gestützt auf die Erfahrungen des Kantons Luzern, ausgesprochen, um dadurch dem eidg. Gesetzgeber in dieser wichtigen und brennenden Frage einen Fingerzeig zu geben. Sie kommen zu entgegengesetzten Resultaten.

Während Hr. Weber als Gegner der Betreibung auf Konkurs auftritt, wie sie seit 1849 im Kanton Luzern besteht, und diesem System die ihm von seinen Freunden nachgerühmten Vortheile — Vereinfachung, Kostenersparniß, gerechtere Vertheilung des Vermögens unter die Gläubiger — bestreitet, dagegen eine Vermehrung der Konkurse zum Vorwurf macht, — stellt hingegen Dr. Weibel diese Behauptungen in Abrede. Nach ihm stellt sich als Hauptübelstand nicht das System, sondern die schlechte Amtsführung der Betreibungsbeamten dar. Als solche fungiren im Kanton Luzern die Gemeindeammänner, welche vielfach von der Bevölkerung zu abhängig sind, um ihrer Pflicht gehörig wahrzunehmen und es sogar vorziehen, kraft eines in Luzern wohl einzig dastehenden Grundsatzes, dem betreibenden Gläubiger als Selbstschuldner verhaftet zu werden, als daß sie sich die Ungnade ihrer Gemeindegenossen durch gesetzliches Vorgehen zuziehen würden. „Wegen des Schlendrians der Betreibungsbeamten" sagt Hr. W., „wurde bei uns die Betreibung auf Pfand unerträglich; durch den Schlendrian der Betreibungsbeamten sind fast alle jene Uebelstände hervorgerufen, welche Hr. Weber unserer jetzigen Betreibung auf Konkurs nachgewiesen hat". Die Selbstschuldnerschaft genügt nicht; strenge Strafbestimmungen müssen erlassen werden, wenn das Uebel gehoben werden soll. Aber damit ist es unseres Erachtens nicht gethan. Es muß auch Aufsichtsbehörden geben, die ohne Ansehen der Person und ohne übelverstandene Milde und Humanität die Strafbestimmungen anwenden, und hier liegt die schwache Seite unserer demokratischen Einrichtungen. Um den einzelnen Beamten zu schonen, ihm Ehre und Kredit zu lassen, wird das Prinzip preisgegeben, der Kredit des Landes und das Zutrauen des Publikums in die Rechtspflege schwer geschädigt.

4. *Burkly, Charles,* Etude sur le Serment judiciaire et extrajudiciaire. Thèse présentée à la Faculté de droit (de l'Université de Genève) pour obtenir le grade de docteur. Brougg, Imprimerie Fisch, Wild & Cie. 1882 (142 PP.)

Eine auf breiter Grundlage angelegte Studie über das interessante Kapital des Eides. Verfasser kommt zu dem Schlusse, daß dieses Institut in allen civilisirten Staaten in seinen Grundlagen erschüttert ist und abgeschafft werden soll. Die Darstellung

selbst läßt in Bezug auf Gleichmäßigkeit und innern Zusammenhang Manches zu wünschen übrig.

5. *Stöcklin,* Recours de droit public, und Réplique, pour Auguste Eggeling, sujet prussien, domicilié à Berne.

Zwei Rechtsschriften an das Bundesgericht, welche die Frage zum Gegenstand haben, ob ein Ausländer in Sachen der Erbschaft seiner verstorbenen Ehefrau zur Anbringung einer Klage vor einem schweizerischen Gericht provozirt werden könne. Der ganze Rechtsfall ist merkwürdig genug, um den Entscheid des Bundesgerichts mit Spannung erwarten zu lassen.

## V. Rechtsgeschichte.

Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Etranger, publiée sous la direction de MM. Ed. Laboulaye, Eug. de Rozière, Adhémar Esmein, Rodolphe Dareste, Gustave Boissonade, Jaques Flach, 6me année. Paris, Larose et Forcel.

Was Frankreich an berühmten Rechtshistorikern besitzt, hat sich zusammengethan, um in dieser Zeitschrift den Fortgang der Studien in diesem Fache darzustellen. Wir notiren aus dem uns vorliegenden Heft insbesondere: eine Arbeit von Prof. Esmein über das älteste frazösische resp. fränkische Vertragsrecht, welche zu dem von Sohm und jetzt auch von Stobbe aufgestellten Satze kommt, daß die ältesten germanischen Verträge Real- oder Formalkontrakte waren (res præstita vel fides facta) und das bloße Wort so wenig band als bei den Römern vor der klassischen Zeit. — Sodann berichtet unser berühmte Landsmann Prof. Rivier in Brüssel über die neuesten deutschen Arbeiten über juristische Literaturgeschichte und Geschichte der Rechtswissenschaft, wobei seine eigene erstaunliche Belesenheit in glänzender Weise sich manifestirt.



